THÈSE DE
CAEN.
1882
N°. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

DROIT ROMAIN

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS

DROIT FRANÇAIS

DE L'ACTION EN NULLITÉ

OU EN RESCISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans la grande Salle de la Faculté de Droit,

Le Jeudi 29 Juin 1882, à 3 heures du soir,

PAR

JULES-FRANCIS BRIÈRE,
Avocat.

CHERBOURG
IMPRIMERIE CH. SYFFERT, RUE DE LA DUCHÉE, 12 ET 14
1882

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

DROIT ROMAIN

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS

DROIT FRANÇAIS

DE L'ACTION EN NULLITÉ

OU EN RESCISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans la grande Salle de la Faculté de Droit,

Le Jeudi 29 Juin 1882, à 3 heures du soir,

PAR

Jules-Francis BRIÈRE,

Avocat.

CHERBOURG

IMPRIMERIE CH. SYFFERT, RUE DE LA DUCHÉE, 12 ET 14

1882

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545818_0015

A MON GRAND-PÈRE

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MON FRÈRE, A MA SŒUR

A MES PARENTS

A MES AMIS

SUFFRAGANTS

MM. VILLEY, *Professeur, Président.*
CAUVET, *idem.*
VAUGEOIS, *idem.*
JOUEN, *idem.*
LEBRET, *chargé de cours.*

DROIT ROMAIN

DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO

PRÉLIMINAIRES

A son origine, le Droit romain revêt un caractère éminemment rigoureux. Quoique l'équité, quoique la justice intime de la conscience puissent être violées par une application trop stricte de la loi, celle-ci doit être néanmoins respectée, en dépit des conséquences désastreuses que produira, dans certaines circonstances, une interprétation judaïque des textes : *dura lex sed lex.* Les Romains poussaient même si loin le sacrifice de l'équité dans l'intérêt du Droit écrit qu'ils n'hésitaient pas à déclarer valable un contrat dans lequel l'une des parties n'agissait que sous l'empire d'une pression extérieure, d'une violence, d'un dol, qui enlevait à son consentement cette liberté, indispensable pourtant, si nous consultons le bon sens et la raison, pour la perfection de toute convention : *coacta voluntas tamen voluntas est.* La forme emportait le fond. Au fur et à mesure

que la civilisation pénétra dans les mœurs et que l'influence du *jus gentium* augmenta, ces règles si sévères subirent de nombreuses modifications, introduites lentement, successivement et par des voies détournées, non par le législateur lui-même, mais par le préteur dont la plus grande préoccupation fut d'aider, de compléter et de corriger le Droit civil, *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia* (1), pour le dépouiller de ce caractère inflexible et formaliste qui se révèle jusque dans les termes mêmes de la loi des XII Tables.

Parmi les institutions, au moyen desquelles le préteur réalisa ce progrès, figure l'*in integrum restitutio* dont nous allons entreprendre l'étude.

(1) Dig. I, 1, *de justitia et jure*, 7, § 1, fr. Papin.

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET CARACTÈRE DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO

L'*in integrum restitutio*, ou comme dit Paul, *rei vel causæ redintegratio*, est une voie de droit, fondée sur l'équité et de création prétorienne, par laquelle le magistrat rescinde un acte valable d'après le droit civil, et remet juridiquement les choses dans leur ancien état ; c'est le moyen accordé à une personne, qui, selon la rigueur des principes, par suite d'un acte judiciaire, d'un contrat, ou même d'une négligenge a perdu un droit quelconque, droit de propriété, de créance, d'action, d'exception, etc., ou se trouve obligée envers une autre, d'obtenir du préteur son rétablissement dans la position qu'elle avait auparavant. Elle consiste, en somme, à considérer comme non avenus, les actes qui ont eu lieu et les effets qu'ils ont produits.

Créée pour réagir contre le droit Civil, l'*in integrum restitutio* est une faveur, puisqu'elle est un remède suprême par lequel le magistrat répute inexistant un acte juridique valable *ex jure civili* et dont la resci-

sion a lieu *cognita causa*, c'est-à-dire après examen. Elle ne constitue donc point un moyen de droit dont une personne puisse se prévaloir, quand les faits présentent certains caractères déterminés ; car, d'abord, ce n'est pas le juge qui l'accorde par voie de sentence intervenant sur un différend, c'est le préteur qui, sans juger, commande aux parties de faire telle ou telle chose (1) ; et puis, le magistrat qui la donne reste maître de décider, avec une plénitude d'appréciation que rien ne vient limiter, s'il doit ou non l'appliquer à telle situation déterminée. En un mot, l'octroi de l'*in integrum restitutio* est laissé à l'arbitraire du préteur.

On ne peut s'empêcher, au premier abord, de s'étonner qu'une institution à ce point importante ait été si complètement abondonnée à l'appréciation exclusive du préteur, et l'on est tenté de se demander si on ne lui donnait point ainsi une trop grande facilité de céder à ses préférences personnelles, en favorisant qui bon lui semblait, et en sacrifiant celui qui avait droit à sa protection. Mais qu'on ne l'oublie point ; les fonctions du préteur n'étaient qu'annales, et la crainte de se voir fermer, dans l'avenir tout acheminement vers les honneurs était la meilleure garantie qu'il n'abuserait pas de son pouvoir ; d'ailleurs n'était-il pas sous la surveillance directe des tribuns, qui exerçaient sur son administration un contrôle actif et incessant.

Les textes nous révèlent eux-mêmes avec évidence le caractère de l'*in integrum restitutio*. Citons les principaux, nous y verrons par les termes mêmes que les jurisconsultes y emploient qu'elle n'est point une sentence, un jugement prononcé par le magistrat ordinaire, mais bien une

(1) De Savigny, *Traité du droit romain*, t. VII, p. 101.

faveur que le préteur se réserve d'accorder, en se guidant d'après les circonstances. Voici d'abord l'édit : *Prætor edicit : quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam* (1). N'est-ce pas là, résumée en quelques mots, la théorie que nous avons exposée ci-dessus, — *Non semper autem ea quæ cum minoribus geruntur rescindenda sunt, sed ad bonum et æquum redigenda sunt. — Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur, totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione* (2) : Et encore : *non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis, totumque istud arbitrio prætoris temperabitur* (3). Enfin nous citerons ici une certaine loi *ad municipalem* de laquelle il résulte que l'*in integrum restitutio* ne pouvait être accordée par les magistrats municipaux, puisqu'elle rentrait dans l'*imperium* qui ne leur appartenait pas ; ce qui établit avec plus de certitude encore, si c'est possible, toute l'étendue de l'appréciation laissée au préteur en notre matière (4).

Il nous est facile, dès lors, de déterminer à quelles conditions était soumis l'exercice de l'*in integrum restitutio*. Puisqu'elle constituait une mesure exceptionnelle et favorable, elle ne peut évidemment être donnée qu'avec une certaine discrétion, et pour des motifs déterminés, sous la réserve des droits des tiers ; les résultats qu'elle

(1) Dig. IV, 4, *de minoribus viginti quinque annis*, 1 § 1 fr. Ulp.

(2) Idem, 24 §§ 1 et 5 fr. Paul.

(3) Idem, 6, *ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituunur*, 16 § Paul.

(4) Dig. L. 1, *ad municipalem et de incolis*, 26 fr. Paul. *Ea quæ magis imperii sunt quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere.*

produisait étaient, d'ailleurs, assez graves pour qu'on ne l'accordât qu'en l'absence de tout autre moyen civil de protection, et alors seulement que celui qui la sollicitait justifiait d'un préjudice éprouvé ou au moins éventuel. Il est à peine besoin de dire qu'il fallait, en outre, que l'acte ou le rapport de droit, contre lequel on implorait le secours du préteur, fût susceptible de restitution.

Donc : dommage appréciable, défaut de tout autre moyen, juste motif de restitution, acte ou rapport susceptible de restitution, telles sont les conditions requises pour que le magistrat puisse appliquer le bénéfice de son institution. Nous allons faire de l'étude de chacune d'elles l'objet d'un chapitre spécial.

CHAPITRE II

DOMMAGE APPRÉCIABLE

La première condition, pour que la demande en restitution puisse être admise, est que celui qui la forme ait subi un préjudice de quelque importance ; autrement la rigueur des principes doit suivre son cours. Cette condition résulte du caractère même de l'*in integrum restitutio*. Mesure exceptionnelle et toute de faveur, elle ne peut atteindre les actes dont les conséquences n'ont aucune influence sérieuse sur le patrimoine de celui qui les a passés. Ce n'est donc pas assez que le demandeur justifie que l'acte ne lui a procuré aucun avantage, aucune augmentation de fortune ; il faut une perte, un préjudice ; il faut une lésion. Il ne suffirait même d'une perte minime car où se fût-on arrêté ! Est-il possible, en effet, de supposer que les obligations que souscrit chacune des parties soient mathématiquement compensées par celles que l'autre contracte, et ne comprend-on point ce qu'il y aurait de puéril et d'outré à prononcer l'annulation d'un acte,

qui n'apporterait qu'une modification inappréciable dans la situation de celui qui l'a fait ! *De minimis non curat prætor*. Tout disposé qu'il fût à venir au secours des citoyens, le préteur ne pouvait tomber dans cet excès, et tous les textes, qui traitent des cas où la restitution pouvait être admise, exigent que celui qui la sollicite, établisse préalablement qu'il a un intérêt à l'obtenir en justifiant d'une lésion suffisante, c'est-à-dire, pour nous servir des expressions de M. de Savigny « d'un changement véritable » de l'état de Droit, d'un changement préjudiciable à celui » qui réclame la restitution. » (1)

Nous croyons indispensable, pour établir la nécessité de l'existence de cette première condition, de parcourir quelques uns des textes romains spéciaux à notre sujet. Le Digeste nous en fournit plusieurs.

C'est un fils de famille qui a traité sans l'ordre de son père, *sine jussu patris*; c'est un mineur de 25 ans qui s'est donné en adrogation (le texte suppose même qu'il est tombé sous la puissance paternelle d'un *prædo*); c'est un mineur qui forme un contrat de société; c'est un majeur absent pour le service de la République, ou prisonnier à l'ennemi, etc. Dans tous ces cas, on exige que le demandeur soit *captus*, *circumventus*, *læsus*, *deceptus*, *damnum passus*; c'est-à-dire qu'il ait subi, un dommage, une lésion qui diminue notablement son patrimoine (2).

Remarquons, d'ailleurs, qu'il faut faire abstraction, ici, de toute idée de dol ou de fraude de la part du défen-

(1) De Savigny, *op. cit.*, T. VII § 318.

(2) Dig. IV, 4, 3 §§ 4, 5, 6 et 7 fr. Ulp.; — 7 §§ 3 et 4 fr. Ulp.; — 9 §§ 1 et 2 fr. Ulp.; — 11 §§ 3 et 4 fr. Ulp.; — 16 § 1 fr. Ulp.; — 24 §§ 1 et 3 fr. Paul; — 44 fr. Ulp.; — 49 fr. Ulp.; — idem, 1 fr. Ulp.; — idem XII, 2, *de jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali*, 9, § 4, fr. Ulp.

deur à la *restitutio*; fût-il de la meilleure foi du monde, la restitution n'en serait pas moins prononcée; cela résulte de cette constitution au Code : *minoribus in integrum restitutio in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur competit* (1).

Quel que soit, au surplus, le genre de l'acte qui a causé le dommage, la *restitutio* sera admise : cet acte fût-il une abstention, une renonciation à un droit acquis, une conversion d'un droit certain en un droit incertain ou litigieux, voire même une omission, il n'importe; par cela seul que l'acte a appauvri le demandeur, le préteur peut intervenir. *Minoribus viginti quinque annis per in integrum restitutionem non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari* (2). *Hodie certo jure utimur ut et in lucro minoribus succuritur* (3). La preuve, nous la trouvons encore dans un cas d'application qui nous est donné par Ulpien au Digeste. Un fideicommis avait été laissé à un mineur de 25 ans qui avait obtenu condamnation contre le fiduciaire. Celui-ci pour échapper à l'*actio judicati*, qui procurait au fidéïcommissaire un moyen assuré d'être payé, se fit consentir une novation dans sa dette; il demeura entendu entre eux que ce que le fiduciaire devait au mineur, en vertu de la condamnation, serait désormais considéré comme dû à titre de *mutuum*; une caution intervint même pour garantir ce *mutuum*. Cette novation enlevait au créancier l'exercice d'une action dont le résultat était certain et ne lui conférait, en retour, qu'un moyen, peut-être douteux, de poursui-

(1) Cod. II, 20, *de in integrum restitutione minorum viginti quinque annis*, c. 5 prem.

(2) Dig. IV, 4, 6 fr. Ulp.

(3) Idem, 7 § 6 fr. Ulp. — Voir aussi, hoc tit. 44 fr. Ulp.

vre son débiteur, car la nouvelle créance pouvait devenir l'objet de contestations. Aussi Ulpien déclare-t-il que l'*in integro restitutio* avait été accordée. *Minor annis viginti quinque, cui fideicommissum solvi pronunciatum erat, caverat id se accepisse et cautionem ei debitor, quasi creditæ pecuniæ fecerat, in integrum restitui potest, quia partam ex causa judicati persecutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegerat* (1). Enfin dans la loi 7, au Digeste, liv. IV, tit. IV, Paul étend cette règle à toutes les restitutions prétoriennes.

Nous voyons donc que si la lésion était indispensable pour que le préteur pût venir au secours de ceux qui réclamaient la restitution, il n'était pas nécessaire que cette lésion existât au moment même de la demande; l'éventualité d'une perte suffisait, l'exemple donné par Ulpien en témoigne (2).

Il y avait cependant un cas, spécial au mineur de 25 ans, dans lequel celui-ci, quoique victime d'une lésion ne pouvait obtenir le bénéfice de l'*in integrum restitutio*. Lorsque le mineur était créancier d'une personne, et qu'il n'était pas pourvu d'un curateur, le débiteur avait intérêt à refuser de se libérer, tant que cette situation anormale se prolongeait; en versant la somme au mineur sans curateur, il s'exposait à être obligé de payer à nouveau, si le mineur la dissipait. Dans une telle hypothèse, le débiteur ne saurait être tenu des intérêts moratoires, car il est dans l'impossibilité de désintéresser le créancier, or les intérêts sont dûs non point à cause du bénéfice que le créancier a manqué de réaliser, mais parce que le débiteur est en faute de n'avoir point acquitté sa

(1) Idem, 40, præm. fr. Ulp.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, I, § 158; — Dig. XII, 2, 9 § 4, fr. Ulp.

dette. *Usuræ enim non propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium infliguntur* (1).

Pour que la demande en restitution soit recevable, faut-il que la lésion soit considérable, qu'elle présente une certaine importance, ou suffit-il d'un préjudice quelconque ? C'est là une grave question qui divise encore aujourd'hui les auteurs. Pour nous, nous adoptons l'opinion qui soutient qu'un préjudice quelconque suffit et en nous rangeant à ce système, nous ne sommes point en contradiction avec nous-mêmes. En effet, si nous avons reconnu avec les textes que l'*in integrum restitutio* exigeait pour être admise une lésion suffisante occasionnée à celui qui la réclame, il ne faudrait pas en conclure que ces textes imposent, comme condition que cette lésion soit considérable; les dispositions législatives s'élèvent contre cette rigueur d'interprétation. Ce qui est nécessaire, c'est l'existence d'un dommage sérieux, et la plénitude d'appréciation que le préteur s'était réservée dans l'examen des cas qui lui étaient soumis l'autorisait à venir au secours de ceux qui n'invoquaient à l'appui de leur demande qu'un intérêt purement moral. Toute cette théorie se résume donc dans cette règle que la lésion pouvait entraîner la restitution quand le magistrat estimait qu'elle était suffisamment considérable, eu égard à la personne qui la sollicitait, et aux conséquences variables, suivant les individus, que pouvait avoir l'acte contre

(1) Dig. XXII, 1, *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*, 17, § 3, fr. Paul. On arriva cependant plus tard à concilier, dans ce cas, l'intérêt du débiteur et celui du créancier. Le débiteur obtenait sa libération soit en forçant son créancier mineur à se faire donner un curateur, soit en déposant la somme due dans un temple. (Cod. IV, 22, *de usuris*, C. 9).

lequel on demandait à être restitué. Le texte de l'édit que nous avons rapporté plus haut vient appuyer la solution que nous admettons : *quæquæ res erit, animadvertam* ; et nous trouvons aussi au *Digeste*, un cas qui nous est rapporté par Hermogénien, et qui vient le corroborer avec plus de force encore : un mineur est restitué contre l'adjudication prononcée au profit d'une personne qui avait payé un immeuble un prix supérieur à celui qu'il offrait, et cette restitution est basée sur cette considération purement morale que l'immeuble avait appartenu aux ancêtres de ce mineur : *veluti quod majorum ejus fuisset* (1).

Il est vrai que certaines lois parlent d'un préjudice considérable, *grande damnum*, et c'est sur cette expression que des auteurs étayent le second système proposé sur notre question. A la suite d'un jugement, le créancier gagiste d'un mineur avait fait vendre les biens de ce dernier qui demanda la restitution contre l'acquéreur et Ulpien décide que le préteur ne doit faire droit à cette prétention que si le mineur a subi une perte grave *si grande damnum sit minoris* (2). Dans une autre hypothèse, un créancier avait également fait procéder à la vente des biens qu'un mineur lui avait donnés en gage ; les empereurs Dioclétien et Maximien, dans une constitution au Code accordent le bénéfice de la restitution, *si tamen magno damno efficiantur, si enorme damnum ex hujus modi venditione se ostenderint* (3). Si les biens d'un pupille avaient été vendus par le tuteur, dans le cas où la loi permet cette aliénation, la restitution pouvait

(1) Dig. IV, 4, 35 fr. Hermog.
(2) Idem, 9 prœm., fr. Ulp.
(3) Cod. II, 24, *Si adversus venditionem pignorum*, C. 1.

être obtenue, *si grande damnum pupilli vel adolescentis versatur* (1). Le fisc ayant fait vendre les biens d'un pupille les empereurs Sévère et Antonin restituaient le mineur contre cette vente parce que le prix avait été beaucoup trop faible, *pretio longe minore* (2).

Quelle conclusion tire-t-on de ces quelques textes, dans l'opinion que nous combattons : on soutient que les jurisconsultes romains, au lieu de formuler une règle générale, se contentèrent d'exposer quelques cas particuliers, à titre d'exemples, et que ce qu'ils ont décidé, dans ces hypothèses que nous venons de reproduire, doit être étendu d'une manière générale, absolue ; d'ailleurs, ajoute-t-on, en ce qui concerne spécialement les mineurs de 25 ans, le prêteur devait exiger une lésion très-considérable ; se monter trop facile dans l'octroi de la restitution, c'eût été ruiner leur crédit et celui de leurs tuteurs ou curateurs (3).

Ces deux arguments ne nous semblent pas concluants. et nous ne pensons point que les textes ci-dessus cités doivent être ainsi interprétés. Nous n'y voyons pas que les jurisconsultes romains aient entendu en faire des exemples d'une règle générale ; nous inclinons plutôt à croire que ce sont des hypothèses particulières spéciales, dans lesquelles le prêteur a exigé la justification d'une lésion très-importante, pour réprimer les abus que la généralité des termes de l'édit avait amenés dans les demandes en restitution. Autrement il y aurait dans les textes une contradiction inexplicable et on ne comprendrait plus

(1) Dig. idem 49 fr. Ulp.

(2) Cod. II, 37, *si adversus fiscum*, C, 1.

(3) Namur, *Inst.* 1; — Van Vetter, *Cours d'Inst.* 1 p. 371 ;— Accarias. *Précis de droit romain* T. II, p. 1320, n. 2.

qu'un simple intérêt d'affection pût motiver l'*in integrum restitutio*. Et puis, le motif qui avait amené le prêteur à créer cette mesure favorable était la meilleure garantie qu'il ne l'accorderait à ceux qui l'imploreraient qu'avec les ménagements nécessaires pour ne point compromettre leur crédit dans l'avenir.

On a même été plus loin, et tirant argument d'un passage de Callistrate, rapporté au Digeste, des auteurs ont prétendu que, même pour la recevabilité de la demande en restitution, émanée d'un majeur, il fallait la justification d'un préjudice très-considérable. Ce nous paraît être une erreur et ce texte, d'après nous, entend simplement lui refuser la restitution quand celle-ci préjugerait une question plus importante (1).

Nous avons dit plus haut que l'*in integrum restitutio* devra être accordée, en dehors même de toute hypothèse, de dol de la part du défendeur. Si le dol existe, une action nouvelle prend naissance, et nous aurons bientôt à examiner les conséquences de ce concours d'actions. Mais il importe que nous insistions un peu dès maintenant sur l'existence d'un dol émanant du demandeur. Celui qui se prétend lésé par un acte dans lequel il s'est lui-même rendu coupable de fraude ne pourra se faire restituer contre cet acte, si désastreuses que puissent être les conséquences, car il faut que la perte dont il se plaint ait sa cause effective dans l'acte lui-même ; *malitiis non est indulgendum* (2).

Cependant des exceptions à cette règle ont été introduites en faveur du mineur de 25 ans. Si le prêteur est

(1) Doneau, *de Jure civili*, T. V, p. 1219 § 12 ; Perezius, *de in integrum restit.* § 4 ; — Voet, *ad Pandectas, de minoribus viginti quinque annis*, § 17.

(2) Maynz, *op. cit*, § 158, texte et note 6.

impuissant à le soustraire aux résultats de ses fautes (1), il peut cependant le restituer en entier contre la condamnation au double ou au quadruple qu'il a encourue, en niant la faute qu'il a commise ; la condamnation est prononcée, mais il est relevé de la peine du double ou du quadruple prononcée contre lui ; on considère que c'est par ignorance qu'il a persisté dans ses dénégations (2).

Le mineur a-t-il trompé sur son âge les tiers qui contractent avec lui (ce qui était facile à Rome où l'on ne connut pas les actes de l'état civil), et le mineur est-il lui-même victime d'une erreur soit parce qu'on lui a présenté un titre constatant sa capacité, soit parce qu'un jugement l'a déclaré majeur : il pourra se faire restituer en entier, s'il n'a pas d'ailleurs affirmé sa majorité sous la foi du serment (3). Dans le cas contraire, il ne serait pas écouté, car il serait en faute d'avoir affirmé un fait dont il n'était pas certain. Il en serait autrement cependant si le tiers n'ignorait pas l'âge du mineur, car *si actor scit, tunc is non ab alio sed a se decepitur, et ideo reus absolvitur* (4).

C'est du reste au mineur qu'incombe l'obligation de prouver le dol de son adversaire, à moins que cet adversaire ne soit autre que le tuteur ou le parent du mineur, auquel cas la présomption de bonne foi n'existerait plus (5).

La lésion existe ; cela ne suffit point pour que l'*in integrum restitutio* soit admise, il faut qu'elle ait atteint

(1) Dig. IV, 4, 9 § 2, fr. Ulp.

(2) Dig., id.

(3) Idem. Cod. II, 43, *si minor se majorem dixerit*, c. 1, 2, 3 et 4.

(4) Dig. VI, 1, *de rei vindicatione*, 23 fr. Ulp. ; — 26, fr. Paul.

(5) Cod. II, 22, c. 7.

personnellement celui qui la réclame. Ainsi mandataire d'un tiers, le mineur n'aura point à solliciter la restitution pour les actes qu'il aura faits en cette qualité ; si le mandant est solvable, c'est lui seul qui devra subir les conséquences fâcheuses de la confiance qu'il a eue dans un incapable ; mais la restitution serait ouverte à ce même mineur contre le tiers avec lequel il a traité, si son mandant était insolvable, car alors il serait exposé à subir une perte (1).

S'il s'immisce comme *negotiorum gesto*r dans les affaires d'autrui, il peut se faire restituer si le *dominus* lui demande compte de sa mauvaise administration. (2) Mais ce n'est que difficilement, et au cas seulement ou l'*actio mandati* ne l'indemniserait pas complètement, qu'il obtiendrait le bénéfice du remède prétorien contre l'exécution des ordres qu'il aurait donnés à un mandataire majeur.

(1) Dig. IV, 4, 23 fr. Paul.
(2) Idem, 24 fr. Paul.

CHAPITRE III

DÉFAUT DE TOUT AUTRE MOYEN.

La seconde Condition exigée pour la recevabilité de la demande en restitution est l'absence de toute action ou voie de droit équivalente, permettant de prévenir les conséquences de l'acte attaqué. Remède extrême, mesure extraordinaire et de résultats exorbitants, l'*in integrum restitutio* ne peut, cela se comprend, supplanter les moyens que le droit Civil donne pour arriver au même but, et amener ainsi un concours d'actions dont l'une au moins deviendrait inutile.

Aussi l'*in integrum restitutio* ne serait pas admise contre un acte nul selon le droit civil lui-même ; ce qui n'existe point ne saurait être rescindé. Ulpien nous le dit très clairement dans son commentaire de l'édit : *et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo prætorem se non debere interponere* (1). Voilà en-

(1) Dig. IV, 4, 16 § 3 fr. Ulp.

core pourquoi la restitution en entier serait inutile au cas de constitution d'une société léonine, s'il y a eu manœuvres frauduleuses ou si elle a été faite *animo donandi* ; *societas si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti sit, quia bona fides contraria est fraudi et dolo* (1). — *Donationis causa societas recte non contrahitur* (2).

Voilà pourquoi, enfin, la ressource de l'*in integrum restitutio* est fermée, quand le demandeur possède une action ou une exception dont l'exercice pourra empêcher l'exécution du contrat : *in causa cognitionis hoc versabitur : num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure sit minutus, non debet ei tribui extraordinarium auxilium* (3).

Cette règle comporte toutefois quelques exceptions.

Il pouvait arriver que le demandeur en restitution eût contre le défendeur une action entraînant l'infamie : telle l'*actio de dolo*. Dans cette hypothèse, le concours d'actions ne rendait point l'*in integrum restitutio* inaccessible ; au contraire, c'était le remède prétorien seul qui pouvait être accordé, car il ne faisait que reconstituer l'état ancien des choses, tandis que l'action infamante aurait atteint le défendeur dans son *existimatio*, dans son honneur, dans sa considération ; c'est ce que nous voyons dans plusieurs textes au Digeste : nous y reviendrons (4).

Le plaignant avait au cas de violence, l'*in integrum*

(1) Idem XVII, 2, *pro socio* 3 § 3 fr. Paul.
(2) Idem, IV, 4, 5 § 2 fr. Ulp.
(3) Idem, 16, *præm.* fr. Ulp.
(4) Dig. IV, 1, *De in integrum restitutionibns*, 7, § 1, fr. Marcell ; — idem, 3, *de dolo malo*, 1, § 6, fr. Ulp ; 38 fr. Ulp.

restitutio et l'*actio quod metus causa*, qui est pénale et peut entraîner la condamnation au double ou au quadruple. S'il était majeur, il avait le choix entre ces deux actions. Nous trouvons un fragment d'Ulpien qui nous pose cette règle d'une manière absolue : des Campaniens, usant de violence, s'étaient fait consentir une obligation par une personne; un rescrit de l'empereur décida que, dans ce cas, l'*in integrum restitutio* pouvait être accordée et le préteur laisse le choix entre cette mesure et l'*actio quod metus causâ* (1). De même Paul nous enseigne que si, sous l'empire de la violence, un héritier a répudié une succession, une double voie lui est ouverte: ou l'*in integrum restitutio* ou l'*actio quod metus causa* (2).

Le plaignant était-il mineur; il devait abandonner cette dernière action, qui était pénale et s'en tenir à la restitution qui le rétablissait dans sa situation sans aggraver celle de son adversaire.

Malgré la difficulté qui s'est élevée à cet égard, nous pensons que la loi romaine dérogeait à la règle générale que nous avons posée dès le début de ce chapitre, en laissant au mineur l'option entre l'*in integrum restitutio* et les actions qui naissaient pour lui de la tutelle ou de la curatelle, que le tuteur ou le curateur fussent ou non solvables.

Il est bien certain, en effet, que la tutelle ou la curatelle donnaient au mineur des moyens civils de se soustraire au préjudice que lui occasionnaient les actes de son représentant légal ; c'étaient les actions *directa*

(1) Idem, 2, *quod metus causa gestum erit*, 9, § 3 et 4 fr. Ulp.

(2) Idem, 21, § 5 et 6 fr. Paul.

tutelæ et directa negotiorum gestorum ; *l'actio ex stipulatu* contre les fidejusseurs ; enfin l'*actio subsidiaria* contre les magistrats municipaux (1). Aussi conformément à ces principes, le jurisconsulte Scévola, dans un cas où il fut consulté, décida-t-il que l'*in integrum restitutio* ne devrait pas être accordée au mineur ; ou plutôt (et c'est un des motifs qui nous feront repousser cette manière de voir), il répondit : *vix eum* (le mineur) *esse restituendum* (2). Il s'agissait, dans l'espèce, de la vente d'un bien de mineur faite par un curateur ; l'acquéreur était resté six ans en possession de l'immeuble et y avait fait de grandes améliorations lorsque le mineur demanda la restitution. Forts de ce texte de la jurisprudence romaine, quelques auteurs ont adopté l'opinion de Scévola, et pour justifier davantage leur système, ils prétendent que c'eût été porter une atteinte complète au crédit des mineurs que de leur donner le droit de se faire restituer contre les tiers, quand ils peuvent se faire indemniser par d'autres voies.

Cette sorte d'hésitation que met Scévola à formuler son avis enlève quelque peu d'autorité au texte que nous rapportons, mais ce qui nous confirme dans la conviction que l'*in integrum restitutio* était accessible au mineur dans le cas qui nous occupe, c'est la netteté, la précision de deux textes du Code. Voici ces constitutions, toutes les deux des empereurs Dioclétien et Maximien. *Etiam in his quæ minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt licet personali actione a tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit. — Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus vel alias*

(1) Cod. III, 1, *de judiciis*, C. 13, § 11.
(2) Dig. IV, 4, 39, § 1, fr. Scævol.

contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis quam tutorum vel curatorum damna sequi nullo ex præjudicio per electionem generando placuit (1). Quant au second argument nous l'avons déjà combattu plus haut.

Enfin il est une dernière considération qui nous fait repousser l'opinion contraire à celle que nous avons adoptée. Ceux qui la soutiennent comprenant que les conséquences qui en découlent seront souvent trop rigoureuses et en contradiction même avec la protection dûe aux mineurs, proposent la distinction suivante : La restitution ne sera pas admise si elle ne présente aucun avantage particulier ; elle le sera, par contre, lorsqu'elle donnera une pleine satisfaction aux intérêts du mineur. Ainsi un tuteur a dissipé l'argent qu'il a reçu pour son pupille; comme ce dernier peut obtenir de son tuteur autant que ce qui lui serait payé par le débiteur qu'il poursuivrait, puisque l'*in integrum restitutio* et l'*actio directa tutelæ* ne lui procureront qu'une somme d'argent, il doit agir par cette dernière voie. S'agit-il, au contraire, d'une aliénation de bien du mineur, faite par le tuteur dans de mauvaises conditions, alors le mineur aura plus d'avantage à recouvrer sa propriété qu'à toucher une indemnité pécuniaire, et par suite il sera recevable à demander la restitution (2).

Eh bien ! que l'on rapproche cette solution de celle que propose Scévola, et l'on sera frappé de la différence qui les sépare; nous nous trouvons donc en présence d'un système qui présente une contradiction regrettable, qui fait une distinction là où la loi n'en fait point, et qui s'insurge même contre des textes formels; aussi ne saurions nous l'admettre.

(1) Cod. II, 25, *si tutor vel curator intervenerit*, C. 3 et 5.
(2) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 416, § 173.

CHAPITRE IV

JUSTE MOTIF DE RESTITUTION EN ENTIER

La troisième condition requise pour que la demande en restitution en entier puisse être admise, c'est l'existence d'une des causes prévues dans l'édit du préteur. Ces causes étaient au nombre de six. *Integri restitutionem prætor tribuit ex his causis quæ per metum, dolum, et status permutationem, et justum errorem, et absentiam necessariam et infirmitatem ætatis gesta esse dicuntur* (1). *Nam..... prætor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit : sive metu, sive calliditate, sive absentia inciderunt in captionem* (2), *sive per status aut mutationem aut justum errorem* (3).

Ainsi donc une personne peut être restituée contre des actes positifs pour violence, pour dol, pour changement

(1) Paul, *Sentences*, 1, 7, *de integri restitutione*, § 2.
(2) Dig. IV, 1, 1 fr. Ulp.
(3) Idem, 2 fr. Paul.

d'état, pour erreur, pour absence, et pour minorité. Nous verrons que, sous Justinien les justes motifs d'*in integrum restitutio* sont réduits à cinq, par suite des innovations que cet empereur apporte à la théorie des effets de la *capitis deminutio*.

Il n'est pas présumable que le préteur ait admis du même coup toutes les causes de restitution ; il est plus probable qu'il ne les a créées que successivement, sans qu'il nous soit possible, toutefois, d'établir, d'une façon certaine, l'ordre chronologique dans lequel elles ont été introduites. Nous inclinons à penser qu'en raison même des besoins les plus pressants et les plus réels qui ont dû se faire sentir, et en raison aussi de l'intérêt pratique que cette mesure de protection présentait, le bénéfice de l'institution prétorienne a dû être, dans le principe, appliqué à la minorité, au changement d'état et à l'absence, et ce qui nous fait pencher vers cette opinion, c'est que ce sont ces trois causes de restitution qui tiennent le plus de place dans les textes. Contre le dol, l'erreur et la violence, il y avait déjà à l'époque où la restitution apparut, des moyens de protection qui devaient suffire à sauvegarder les intérêts de ceux qui en étaient victimes, tandis que contre la *capitis deminutio*, la minorité ou l'absence, les secours étaient inconnus, ou au moins insuffisants.

Quoiqu'il en soit, nous nous proposons d'étudier dans des sections différentes chacun des justes motifs de restitution que nous venons de puiser dans l'édit, en appuyant davantage sur la minorité qui nous semble être le cas d'application le plus intéressant de l'*in integrum restitutio*.

Section I.

DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO PER INFIRMITATEM ÆTATIS

Pendant les premières années de sa vie, l'enfant était suffisamment protégé à Rome contre la faiblesse et son inexpérience par l'institution de la tutelle. Jusqu'à douze ou quatorze ans, suivant le sexe, il était placé dans un état complet, absolu, d'incapacité, état qui fut même longtemps perpétuel pour les femmes.

Mais arrivé à l'âge de puberté, c'est-à-dire à l'âge où on le considérait comme capable de reproduire son espèce, on lui accordait toutes les prérogatives attachées à la qualité d'homme ; on lui laissait la libre administration de son patrimoine. Et cependant cette nubilité précoce ne devait pas avoir pour conséquence nécessaire ni même ordinaire de lui donner l'aptitude de gérer sagement ses biens, et on songea de bonne heure à le secourir contre les dangers de l'insuffisance de son intelligence et de son jugement. Le premier pas fait dans cette voie fut la distinction entre les pubères qui n'avaient pas atteint l'âge de vingt-cinq ans, *adulti*, *adolescentes*, *minores viginti quinque annis*, et qui furent entourés d'une protection spéciale, et ceux qui avaient dépassé cet âge et que l'on considéra comme en état de comprendre toute l'importance de leurs actes. Ce fut la loi *Plætoria*, plébiscite probablement porté vers le milieu du VI[e] siècle de Rome, et que Plaute appe-

lait *lex quina vicenaria* (1), qui réalisa ce progrès dans l'intérêt des mineurs de vingt-cinq ans (2). Elle eut pour but non point de restreindre la capacité concédée par la loi des XII Tables aux personnes pubères, mineures de vingt-cinq ans, mais de les armer contre les tiers qui profitaient de leur inexpérience pour compromettre leur fortune et s'enrichir à leurs dépens. A cet effet, elle organisait contre tout tiers de mauvaise foi une poursuite appelée *judicium publicum rei privatæ*, parce qu'elle avait pour objet un intérêt privé, par opposition aux *judicia publica,* qui supposaient un intérêt public lésé (3). Toute personne pouvait intenter cette poursuite qui avait pour conséquence, si le défendeur y succombait, de le noter d'infamie et de le rendre indigne des fonctions municipales, et qui pouvait même être dirigée contre le complice du dol ou de la fraude.

On admet même que le mineur pouvait échapper à l'exécution du contrat réclamée contre lui par *l'exceptio legis Plætoriæ*, exception *rei cohærens*, puisqu'elle pouvait être invoquée par le fidéjusseur (4). Le mineur avait encore une action dite *legis Plætoriæ*, qui lui permettait de devancer son adversaire et de demander la nullité de l'acte qu'il avait passé avec lui. Il est vrai que cette action n'est mentionnée nulle part dans

(1) Plaute, *Pseudolus*, acte I, scène III.

(2) Table d'Héraclée, ch. VIII. — Cicéron dans son traité *de officiis*, lib. III, cap. XV, désigne cette loi sous le nom de *Lætoria* ; certains interprètes du droit romain, sous le nom de *Lectoria*.

(3) Ciceron, *op. cit.*, *de naturâ deorum*, lib. III, cap. 30.

(4) Dig. XLIV, 1, *de exceptionibus, præscriptionibus et judiciis*, 7, 1 fr. Paul ; — XLVI, 2, *de novationibus et delegationibus* ; — Plaute, *Rudens*, acte V, scène 3, V 25 et 26.

les textes, même dans le titre des exceptions au Digeste, XLIV, 1. Cependant il nous semble que par analogie avec ce qui se passait au cas de dol, et en raison surtout de ce que *l'exceptio legis Plœtoriæ* n'avait été accordée au mineur que par une sorte de conséquence de l'attribution de l'exception de dol, le mineur devait être investi de cette action (1).

Mais ce système de protection, organisé par la loi *Plœtoria* en faveur des mineurs de vingt-cinq ans, aurait présenté pour eux un inconvénient regrettable s'il avait été réduit aux dispositions que nous venons d'étudier. Il eût été la ruine de leur crédit, car on comprend que les tiers de bonne foi se seraient montrés peu soucieux de traiter désormais avec un incapable qui pouvait les accuser de fraude pour échapper à l'exécution de ses engagements, et mettre en œuvre contre eux les ressources que lui donnait cette loi. Pour parer à ce danger, la loi *Plœtoria* autorisait les mineurs qui voulaient faire un acte juridique à solliciter pour cette affaire, *redditis causis*, la nomination d'un curateur spécial, dont la mission finissait quand l'acte était achevé. Tout soupçon de fraude disparaissait alors et le tiers n'avait plus rien à craindre. (2)

De la sorte, le mineur de vingt-cinq ans était assuré contre les fraudes de ceux qui traitaient avec lui. Mais ce progrès était loin d'être suffisant ; protégé contre les tiers, le mineur ne l'était point contre sa propre faiblesse, et pourtant, il y avait autant, sinon plus, à redouter de sa légèreté et de son inexpérience que de la mauvaise foi des tiers. C'est alors que le préteur intervint et créa en faveur

(1) Maynz, *op. cit.* t. I, § 99 ; — t. III, § 440 et note 3.
(2) Julius Capitolinus, *Vie de Marc-Aurèle*, *10*.

des mineurs de vingt-cinq ans le bénéfice de l'*in integrum restitutio* qui, pas plus que la loi *Plœtoria*, n'eut pour objet de restreindre leur capacité.

Il est à peine besoin de faire remarquer que le préteur n'avait à se préoccuper que des mineurs de vingt-cinq ans *sui juris* ; car les mineurs de cet âge *alieni juris*, sous puissance paternelle, n'avaient rien qui leur fût propre, partant, nulle occasion de contracter des obligations en leur nom ; quant aux impubères *sui juris*, ils étaient en tutelle et ne pouvaient faire aucun acte sans leur tuteur. Le texte de l'édit nous le montre fort clairement : *quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, etc...*

Avec Marc-Aurèle, l'institution de la curatelle que nous avons vue remonter à la loi *Plœtoria* reçoit une extension plus considérable. Le mineur peut désormais, pour quelque motif que ce soit, demander au magistrat de lui donner un curateur, nommé, *non redditis causis*, c'est-à-dire, sans que le mineur ait à expliquer les raisons de sa demande. Bien plus ce curateur put être désigné par testament mais l'homologation du magistrat était toujours indispensable.

Malgré cette extension donnée à la curatelle, l'*in integrum restitutio* ne cessa point de fonctionner, et pourtant le mineur de vingt-cinq ans avait près de lui une personne qui le dirigeait et le protégeait contre sa faiblesse et son ignorance ; il se trouvait dès lors dans une situation analogue à celle des pupilles, c'est-à-dire des impubères *sui juris* en tutelle qui n'avaient point, eux, cependant, l'*in integrum restitutio* contre les actes de leurs tuteurs. Frappés de cette anomalie, les jurisconsultes romains étendirent de plus en plus le cercle d'application de la restitution, et l'accordèrent même à l'impubère soit contre

les actes qu'il aurait faits avec l'*auctoritas* du tuteur, soit contre les actes de gestion du tuteur lui-même (1).

Mais l'*in integrum restitutio* ne devait ni dégénérer en un piège pour les tiers, ni entraver la gestion des représentants du mineur ; elle n'avait, au surplus, d'autre but que de protéger le mineur contre son inexpérience *lubricum ætatis*, *levitas juvenilis* (2), et non point de lui créer un privilège qui le mît hors de la loi ; aussi exige-t-on que le préjudice apporté par l'acte contre lequel il demande à être restitué ait été causé par ignorance (3). Il ne s'agit pas uniquement comme dans une action ordinaire de rechercher si le motif de la restitution existe en fait, mais bien de décider, d'après les circonstances particulières de l'espèce si la restitution est admissible et nécessaire. « Dans un procès de cette nature, il faut qu'il existe un » rapport de causalité entre l'état spécial de la partie » lésée, motif de la restitution, et la lésion éprouvée (4) ». De là l'adage romain : *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam lœsus*. Si le mineur s'est conduit comme un majeur l'aurait fait, le préteur n'a pas à venir à son secours (5). Montrons aussi brièvement que possible les conséquences pratiques qu'il faut déduire de ces principes.

Le mineur a-t-il commis un délit ou une faute qui lui occasionnent un préjudice : *malitiis non est indulgendum*, il ne saurait être restitué. *Nam si furtum fecit vel*

(1) Dig. IV, 4, 29 *præm.* fr. Modest; — 47, *præm.* fr. Scærol ; — de Savigny, *op. cit.* t. VII, § 321. p. 153.

(2) Dig, idem, II, § 5 fr. Ulp ; — 24, § 1 et 9 2 fr. Paul.

(3) Dig. IV, 1, 3 fr. Modest.

(4) De Savigny, *op. cit.* t. VII, p. 135 et 136.

(5) Cod. II, 22, C. 9 ; *non videtur circumscriptus esse minor qui jure sit usus communi.*

damnum injuria dedit, non ei subvenitur. In delicto autem minor viginti quinque annis non meretur in integri restitutionem (1).

De même, le remède prétorien lui serait refusé si la lésion qu'il éprouve résulte d'un cas fortuit, auquel n'eût pu se soustraire le majeur le plus habile et le plus expérimenté. Ces textes supposent qu'il a acheté un esclave qui vient à périr par suite d'une maladie imprévue. *Non enim captus est emendo sibi rem pernecessariam licet mortalem* (2).

Enfin le mineur ne serait pas restituable contre la lésion qui n'aurait d'autre cause que l'application d'une règle de droit à laquelle un majeur n'aurait pu se soustraire. Ainsi Ulpien examine le cas où un mineur, dont la créance était garantie par trois fidéjusseurs, divise son action; l'obligation de chacun d'eux se trouve, par là même, nécessairement réduite à une part virile. Postérieurement à la *litis contestatio*, un des fidéjusseurs devient insolvable, le mineur ne pourra demander la restitution contre les autres, car la loi lui faisait une obligation de diviser ainsi sa poursuite (3).

Une controverse s'est élevée sur une hypothèse particulière. Il n'a jamais été contesté que l'héritier mineur ne peut se faire restituer contre un acte émanant de son auteur majeur; mais il n'en a pas été toujours de même, paraît-il, sur le point de savoir si l'*in integrum restitutio* pouvait lui être accordée, quand le préjudice par lui éprouvé résultait d'actes ou d'omissions provenant de son fait, après l'adition d'hérédité. Voici un passage du

(1) Dig. IV, 4, 9 § 2 fr. Ulp.; 37, § 1 fr. Tryphon.
(2) Idem. II, § 3 à 5, fr. Ulp.
(3) Idem, XLVI, 1, *de fidejussoribus et mandatis*, 51 § 4 fr. Ulp.

Digeste, en effet, qui nous montre que la question n'était pas tranchée. Une personne ayant acheté un fonds, sous la condition imposée par le vendeur que si le prix n'était pas payé dans un certain délai la vente serait anéantie, vient à mourir laissant une héritière mineure. Le tuteur de cette dernière néglige d'exécuter la condition et le vendeur aliène le fonds à une autre personne ; la mineure demande l'*in integrum restitutio*. Le préteur refusa de l'accorder, et Paul, qui nous rapporte ce cas, estime que le magistrat avait bien jugé ; le motif qu'il donne de son opinion c'est que ce n'était pas la mineure qui avait contracté, mais son père. Or le père était capable de s'obliger, et il n'y a aucune relation entre ce contrat passé par l'auteur de la mineure et l'incapacité légale de celle-ci : *putabam bene judicatum quod pater ejus, non ipso contraxerat* (1). Cependant l'empereur Antonin déclara que l'*in integrum restitutio* était parfaitement recevable, et nous pensons que c'est là qu'est la vérité. En effet que demandait la mineure au magistrat ? Non point évidemment qu'on la restituât contre un acte émanant de son auteur, mais qu'on la secourût contre la négligence de son tuteur qui avait laissé passer le délai stipulé sans remplir l'obligation prise par l'acheteur.

Et cela est si vrai que nous voyons le même jurisconsulte Paul, dans ses sentences, décider que le mineur de vingt-cinq ans peut être restitué contre l'aliénation des objets qui ont été constitués en gage par son auteur *minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciorum quos pater obligaverit, si non ita ut oportuit a*

(1) Idem. IV, 4, 38 præm. fr. Paul ; Cujas, t. 1, p. 1007, *de minoribus XXV annis*.

creditore distractæ sint, restitui in integrum potest (1). Pourquoi ? parce que le préjudice lui a été occasionné par un fait postérieur à son adition d'hérédité, la négligence que son tuteur ou curateur a mise à retirer le gage. N'y a-t-il pas analogie parfaite entre ces deux hypothèses, et dès lors comprend-on que les deux solutions puissent être différentes.

Nous devons faire remarquer, toutefois, que cette restitution, en matière d'aliénation de choses données en gage produisant des effets désastreux, Dioclétien décida que le mineur n'aurait plus de recours que contre son tuteur ou curateur. Seul le créancier-gagiste de mauvaise foi peut encore être poursuivi par le mineur (2).

Nous venons de voir quel était l'objet de l'*in integrum restitutio propter infirmitatem ætatis*, c'était de permettre au mineur de faire rescinder tous les actes qu'il a passés en minorité et qui lui causent préjudice. Cette mesure de protection éminemment favorable aux mineurs que leur situation ne mettait point en relations forcées et fréquentes avec les tiers, était une gêne considérable pour ceux, par exemple, qui se voulaient livrer au commerce ; aussi songea-t-on, assez tard il est vrai, à porter remède à cet inconvénient, et dans ce but les empereurs introduisirent la *venia ætatis*. Les mineurs qui obtenaient ce bénéfice retombaient sous l'application de la loi des XII Tables ; ils ne pouvaient plus se faire restituer contre les actes passés par eux, sous le seul motif qu'il en résultait pour eux une lésion ou dommage (3), ils

(1) Paul, *loc. cit.* I, 9, *de minoribus XXV annis*, § 8.
(2) Cod. II, 29, *si adversus venditionem pignorum*, C. 2.
(3) Cod. II, 45, *de his qui veniam ætatis impetraverint*, c. 1.

étaient considérés comme majeurs et affranchis de la curatelle (1).

C'est l'empereur seul qui peut accorder, par un rescrit la *venia ætatis* : aux hommes, s'ils ont vingt ans, aux femmes, si elles en ont dix-huit, lorsqu'ils ont d'ailleurs justifié par un certain nombre de témoins, qu'ils sont capables de gérer leur patrimoine et qu'ils remplissent certaines conditions.

Outre que la *venia ætatis* ferme, dans l'avenir aux mineurs qui l'obtiennent la voie de l'*in integrum restitutio* (sauf toutefois en ce qui concerne l'aliénation de leurs immeubles, défendue par le sénatusconsulte de Septime Sévère, et la constitution d'hypothèque après Justinien)(2), elle fait, quant à leurs actes antérieurs, courir le délai dans lequel le remède prétorien doit être demandé et obtenu, sans que cependant le mineur puisse être déchu de droit de l'implorer, avant qu'il ait atteint sa vingt-cinquième année (3).

Celui qui a été investi de la *venia ætatis* est recevable à demander que le bénéfice lui en soit retiré ; mais tous les actes qu'il aura faits pendant qu'il en a joui ne pourront point être attaqués ; la capacité pleine et entière, sous l'empire de laquelle il a contracté, met les tiers à l'abri de tout recours ultérieur.

Nous avons dit plus haut que le préteur en organisant l'*in integrum restitutio* n'avait pas eu à se préoccuper des mineurs de vingt-cinq ans *alieni juris*, puis-

(1) Idem, c. 4.

(2) Idem, V, 74. *Si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit*, c. 3.

(3) Idem, 53, *de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum quæ restitui possunt quam etiam heredes eorum*, c. 3.

qu'ils ne pouvaient rendre pire la condition de leur *pater-familias*, le droit civil déclarant nulle la convention défavorable qu'ils auraient faite. Mais sous l'Empire furent créés les pécules ; ce que le fils de famille gagnait à l'armée, *peculium castrense* (1), et plus tard les bénéfices réalisés à la cour, *peculium quasi castrense*, furent considérés comme sa propriété exclusive ; dès lors l'*in integrum restitutio* dut se comprendre puisque le mineur *alieni juris* se trouvait à la tête d'une fortune qu'il pouvait compromettre. *Si autem filius familias sit qui castrense peculium habeat, procul dubio ex his quæ ad castrense peculium spectant, in integrum restituendus erit, quasi in proprio patrimonio captus* (2) Mais le bénéfice du secours prétorien était réservé au seul mineur et ne s'étendait pas au *pater*, qui trouvait dans le droit Civil une protection suffisante. *Sed utrum patribus familiarum solis an etiam filiis familiarum succuri debeat videndum : movet dubitationem quod si quis dixerit etiam filiis familiarum in re peculari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam majoribus subveniatur, id est patribus eorum : quod nequaquam fuit prætori propositum.* (3) Aussi l'*in integrum restitutio* ne fut jamais admise pour la pécule profectice composé des biens dont le *pater* restait propriétaire ; car la lésion qui se produisait était supportée par le père, et non par le *filius familias*. Allons plus loin et supposons que le fils de famille et le

(1) Dig. XLIX, 17, *de castrensi peculio*, 11 fr. Marc. *Castrense peculium quod a parentibus vel cognatis in militiâ agenti dona tum est, vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset.*

(2) Idem, IV, 4, 3 § 30 fr. Ulp.

(3) Idem. 3 § 4 fr. Ulp.

père soient tenus d'une même obligation ; il en serait encore de même, le fils ne pourrait solliciter l'*in integrum restitutio,* que s'il était menacé, poursuivi ; tel est l'avis d'Ulpien. *Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis, quæ ipsius intersint, puta si sit obligatus : proinde si jussu patris sit obligatus, pater utique poterit in solidum conveniri ; filius autem (cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel étiam emancipatus, vel exheredatus, in id quod facere potest ; et quidem in potestate manens, etiam invito patre ex condemnatione conveniri) auxilium impetrari debebit, si ispe conveniatur* (1).

Ces principes si clairs, si logiques qu'ils soient ont donné lieu à une controverse au cas de *de mutuum.* Il semble, par ce qui précède, que si un fils de famille contracte un *mutuum* sur l'ordre de son père, il pourra demander l'*in integrum restitutio* au préteur si c'est lui que poursuit le créancier. Eh bien ! Ulpien nous déclare que, même dans cette hypothèse, le préteur ne saurait intervenir. *Si filius conveniatur, postulet auxilium ; si patrem conveniat creditor auxilium cessat, excepta mutui datione ; in hac enim si jussu patris mutuum pecuniam accepit, non adjuvatur* (2). Est-ce à dire que la règle formulée ci-dessus reçoive une exception en cas de *mutuum* ? Nous le pensons avec Cujas. Car si les préteurs d'argent étaient dépourvus, en vertu du sénatusconsulte Macédonien de toute action

(1) Idem, 3 fr. Ulp.

(2) Cujas I, p. 989 ; — Perezius, I. p. 97 ; II, 23 n. 2 ; — Bruneman, *in codicem,* I, p. 146 ; Duaren, I, p. 162.

contre le fils de famille auquel ils remettaient des espèces, il ne pouvait en être de même lorsque celui-ci se présentait au nom de son père dont la présence écartait toute idée de fraude ou d'usure.

Cependant plusieurs auteurs, et parmi eux M. de Savigny (1), prétendent que le texte d'Ulpien appelle une correction qui fait disparaître l'anomalie, au lieu de *jussu patris*, il faut y lire *non jussu patris*. Nous ne saurions nier que si le fragment du Digeste contenait cette négation nous rentrerions, pour le cas dont nous nous occupons, dans la règle générale ; mais sur quoi s'appuie-t-on pour apporter au texte une modification si importante ?

Section II.

DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO PER STATUS PERMUTATIONEM.

On sait que l'état, le *caput* des personnes comprenait à Rome trois éléments : la liberté, la cité et la famille ; de telle sorte que pour posséder une personnalité juridique complète, il fallait être tout à la fois libre, citoyen romain et membre d'une famille civile. Cette plénitude d'état pouvait être compromise par la perte de l'un des éléments qui la composent et cette perte constituait la *deminutio*, la *minutio capitis*.

Les Romains ont, dès lors, connu trois degrés dans la *permutatio* du *caput* des personnes : la *maxima*, la *media* et la *minima capitis deminutio*.

(1) de Savigny, *op. cit.* t. VIII, appendice.

La *maxima capitis deminutio* atteint la personne qui tombe en esclavage : il y a anéantissement complet de son individualité juridique ; car la qualité de citoyen et de membre d'une famille civile est nécessairement attachée à celle d'homme libre.

La *media capitis deminutio* est subie par toute personne qui, restant libre, perd, pour un motif quelconque, ses droits de cité, et par une conséquence légale, ses droits de famille.

Enfin la *minima capitis deminutio* est la modification qui se produit dans l'état d'une personne qui, restant libre et gardant la qualité de citoyen romain, change de famille. Ainsi subissent cette *permutatio status* les *patres familias* qui se donnent en adrogation ; leurs enfants, les enfants donnés en adoption par leur père (à partir de Justinien cela n'est vrai que de ceux donnés en adoption à un ascendant, *avo*), les émancipés ; les femmes *sui* ou *alieni juris*, qui tombent *in manum* soit *matrimonii causa*, soit *fiduciæ causa*, et enfin les enfants naturels légitimés.

Triple dans sa cause, la *capitis deminutio* est une dans ses effets ; elle éteint l'ancienne personne juridique et par conséquent exerce une influence délétère sur ses droits et sur ses obligations ; nous ne nous occuperons que de ceux qui peuvent intéresser l'étude que nous avons entreprise et qui sont éteints par la *minima capitis deminutio* ; car jamais l'*in integrum restitutio* ne fut appliquée aux deux autres diminutions de tête.

Il est d'ailleurs facile d'expliquer pourquoi le préteur n'accorda le secours de la restitution qu'au cas de *minima capitis deminutio*. On ne pouvait admettre qu'une personne, pour échapper aux conséquences des actes qu'elle a passés avec des tiers, se mît, pour ainsi dire de

gaîté de cœur, dans une des situations qui entraînaient la perte de la liberté, de la cité ; la condition des esclaves à Rome et les suites qu'engendrait la perte de la cité, auraient été loin de fournir à celui qui n'aurait pas reculé devant une pareille résolution, un état plus avantageux, en définitive que celui qui l'attendait, libre, citoyen, mais insolvable. Au contraire, la simple *minima capitis deminutio* pouvait tenter les débiteurs peu soucieux de faire honneur à leurs affaires d'autant qu'elle offrait souvent des compensations. L'hypothèse la plus fréquente devait être celle où une personne *sui juris* se donnait en adrogation. En échange de la puissance paternelle qu'elle perdait elle acquérait dans sa nouvelle famille des droits d'agnation et de succession, dont l'importance pouvait être considérable.

Cette explication nous semble résulter de la phrase suivante des commentaires de Gaïus, où ce jurisconsulte, parlant de l'action utile que le préteur donnait contre le *minime capite minutus*, et que nous retrouverons plus bas, s'exprime en ces termes : *ne in potestate ejus* (le *capite minutus*) *sit jus nostrum corrumpere.*

L'une des principales conséquences de la *capitis deminutio* était d'éteindre les dettes contractuelles (1) du *capite minutus*, comme s'il fût décédé sans héritier; seuls, ses coobligés principaux ou accessoires étaient tenus (2);

(1) Il ne saurait être question ici que des dettes du *capite minutus* qui dérivaient de ses contrats ; l'ordre social était, en effet, intéressé à ce que celles résultant de ses délits fussent maintenues ; c'est ce qui ressort clairement de ce fragment d'Ulpien : *nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit* (Dig. IV, 5), *de capite minutis,* 2, § 3.

(2) Idem, § 2 fr. Ulp. XLV, 2, *de duobus reis constituendis*, 19, fr. Pompon; idem, XLVI, 3, *de solutionibus et liberationibus*, 95, § 1 fr. Papin; cod. VIII, 41, *de fidejussoribus et mandatoribus.* C. 20.

quant à lui, il échappait ainsi à l'exécution de ses obligations, puisqu'il était esclave ou qu'il n'avait plus rien (1). Mais la loi ne pouvait sacrifier les intérêts des créanciers et leur faire supporter d'une manière aussi inique et aussi désastreuse les conséquences du changement d'état de leur débiteur; leurs droits étaient trop respectables pour qu'on ne cherchât pas un moyen de les sauvegarder. Or la *maxima* et la *media capitis deminutiones* auront eu ordinairement pour effet de faire passer les biens de celui qui les aura subies, soit dans le trésor public, soit aux mains d'un acquéreur; c'est alors contre ces derniers qu'une action utile leur était donnée jusqu'à concurrence de l'actif qu'auraient recueilli cette sorte de successeurs aux biens du *capite minutus*, qui ne devaient en profiter que *deducto ære alieno* (2). Il ne saurait donc être, dans ce cas, question d'une *in integrum restitutio* au profit des créanciers qui reçoivent par l'octroi de l'action utile, dont nous venons de parler, une protection suffisante, rendue plus efficace encore par l'envoi en possession des biens de leur débiteur, si le fisc et l'acquéreur ne veulent pas défendre *in solidum*, c'est-à-dire les désintéresser entièrement.

Que si nous supposons maintenant une personne atteinte d'une *minima capitis deminutio*, le même effet d'extinction se produit, mais le préteur intervient et, dans son édit, promet aux créanciers contre le *capite minutus* lui-même cette action utile qu'il ne donne, dans l'hypothèse précédente, que contre le fisc ou l'acquéreur. Voici le texte même de cet édit : *Qui quæve postea quam quid cum his actum contractumve sit capite deminuti deminu-*

(1) Dig. IV, 5, §§ 2 et 3, fr. Paul.

(2) Idem, 2, præm. fr. Ulp.; 7, § 2 fr. Paul; XLX, 14, *de jure fisci*, 11 fr. Javol.

tœve dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, judicium dabo (1). Il est évident que cette action ne pouvait avoir pour résultat de faire disparaître d'une manière générale la *minima capitis deminutio*; localisée dans les rapports de débiteur à créancier, elle rescindait fictivement le changement d'état qui s'était produit chez le débiteur et laissait subsister les dettes qu'il avait contractées, de sorte que les créanciers en pouvaient poursuivre l'exécution. C'est ce que nous dit Gaïus dans ses commentaires, livre IV, § 38. *Introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est, in quâ fingitur capite deminutus deminutave non esse.*

Sous Justinien cette cause de restitution fut sans objet, et par suite disparut. La *minima capitis deminutio* n'eut plus alors, en effet, qu'une existence purement nominale; la suppression de l'agnation ou famille civile, par la Novelle 118 (an 543), la disparition déjà ancienne de la *gentilitas* et du *judicium publicum*, le maintien des droits dits personnels, consentis *intuitu personæ*, comme l'usufruit, l'usage, la société, etc., que ce changement d'état anéantissait jadis, en ont rendu l'application impossible, puisque dès lors les dettes survivent de plein droit à la *minima capitis deminutio.*

Mais il ne faudrait pas croire que l'*in integrum restitutio per status permutationem* eût été créé par le préteur uniquement dans l'intérêt des créanciers du *capite minutus* ; dans un autre ordre d'idées, elle fut établie comme conséquence des règles nouvelles introduites par le droit honoraire dans la théorie de l'institution d'héritier, et c'est ici dans l'intérêt exclusif du *capite minutus* que le préteur accorde le secours de son institution.

(1) Idem, IV, 3, 2 § 1 fr. Ulp.

Dans le très ancien droit romain, le père de famille était entièrement libre du choix de ses héritiers qu'il pouvait prendre, si bon lui semblait, en dehors même de sa famille, sans que celle-ci eût le droit de se plaindre. Ce pouvoir absolu de disposition est consacré dans ce texte de la loi des XII Tables, qui imprime force de la loi au testament : *ita legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (Table V, § 1) Mais ce *droit* exorbitant du père de famille se conciliait mal avec cette conception du droit romain que les enfants en puissance sont co-propriétaires du patrimoine paternel, et la coutume réagissant contre la rigueur du droit civil, créa la théorie de l'exhérédation. Désormais les enfants du testateur ne purent plus être dépouillés de la fortune de leur père qu'en vertu d'une déclaration expresse, insérée dans le testament. A cette époque, d'ailleurs, la nécessité de l'exhérédation ne s'appliquait qu'à la catégorie des *heredes sui* c'est-à-dire à ceux qui, placés sous la puissance paternelle du testateur, deviennent à leur tour à la mort de celui-ci *sui juris patres familias* (1). Conséquemment elle ne s'appliquait point à la classe spéciale des enfants qui par suite d'une *minima capitis deminutio*, subie par eux, par le défunt ou un ascendant intermédiaire, ont cessé d'être *heredes sui* ; tels les enfants que le testateur a émancipés ; tels les enfants nés ou conçus du testateur avant que lui-même fût émancipé ou donné en adoption ; tels encore les enfants que le testateur a eus étant *in potestate*, et que son père a émancipés en le retenant lui-même sous sa puissance ; tels enfin les petits enfants conçus de son fils déjà émancipé (2).

(1) Instit. II,13, *de exheredatione liberorum, præm* et §§ 4 et 7.
(2) Idem §§ 3 et 4 ; Dig. XXXVII, 4, *de bonorum possessione contra tabulas*, 3, § 9, fr. Ulp ; 7, fr. Paul ; — 6, *præm*, et § 2, fr. Paul.

Mais le droit prétorien battant en brèche les principes du droit civil, étend ici l'obligation de l'exhérédation en appelant à l'hérédité, non point à titre d'*heredes sui* mais comme *bonorum possessores unde liberi* tous ces enfants que la législation des XII Tables en excluait elle-même. Pour y parvenir, pour donner à cette classe d'enfants que nous avons énumérés plus haut, la vocation héréditaire que leur refusait cette législation, le préteur anéantit les effets que la *minima capitis deminutio* avait produits; il la rescinde, ce qui revient évidemment à dire que ces nouveaux héritiers sont restitués en entier contre le changement d'état qui s'était opéré en eux.

Section III.

DE L'INTEGRUM RESTITUTIO PER ABSENTIAM

C'est là incontestablement avec la minorité, celui des motifs de restitution en entier qui dut présenter à Rome les cas d'application les plus fréquents; la longueur des développements dont il fait l'objet au Digeste suffiraient pour nous en convaincre, comme aussi cette considération que sous ce titre du Digeste, *ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur*, il n'est traité que de cette cause de restitution, encore bien que les majeurés de vingt-cinq ans fussent recevables à invoquer le bénéfice du remède prétorien *ob dolum, ob errorem*. Nous allons voir, d'ailleurs, par l'étude du texte même de l'Edit qu'il répondait à des besoins réels et pour ainsi dire de

chaque jour. *Si cujus quid de bonis cum is metu aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset ; inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset, sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item, si quos, quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id quod dies ejus exierit cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur, eumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro magistratu sine doloipsuis actio exempta esse dicetur : eorum verum actionem intra annum, quo primum de ea re, experiundi potestas erit. Item si qua mihi alia justa causa esse videbitur in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum placebit (1).*

Tels sont les termes de l'édit ; nous avons cru bon de le citer en entier ; car nous voulons, dès l'instant, faire une remarque générale. Il est facile de voir, à la simple lecture, que le préteur n'entendait pas réserver la ressource de l'*in integrum restitutio* à ceux-là seuls qu'un dommage avait atteints pendant une absence justifiée et nécessaire, comme la rubrique de notre section pourrait le faire croire. S'il est vrai que, dans ce cas, le remède prétorien était accordé il n'est pas moins vrai qu'on le donnait aussi à ceux qu'un obstacle légitime avait dépouillés d'un droit en les empêchant d'agir en temps utile. Plus même, et cela résulte de la disposition générale, *clausula generalis* par laquelle se termine l'édit, il pouvait être accordé à ceux qui se trouvaient dans certaines hypothèses particulières non prévues ici, mais que le magistrat se réservait le droit d'examiner avec la plénitude d'appréciation

(1). Dig. IV, 6 1 § 1 fr, Ulp.

qui lui appartenait en pareille matière : *si qua alia mihi justa causa esse videbitur*. Hâtons-nous de dire que cette clause générale devait recevoir, par la force des choses, et reçut en effet l'interprétation la plus élastique.

Le mot absence que nous employons ici n'a donc point le sens large que suppose l'édit lui-même ; aussi certains auteurs désignent-ils le motif de restitution que nous allons à présent étudier sous le nom d'omissions excusables ; c'est peut-être, disons mieux, c'est certainement résumer d'une façon plus heureuse l'économie générale de l'édit, mais c'est aussi créer une exception qui n'existe point dans les textes, et nous préférons emprunter la terminologie des jurisconsultes romains sauf à la faire précéder de l'observation générale que nous présentons plus haut.

Un examen attentif de l'édit du préteur nous amène à réduire à quatre les catégories de personnes secourues par l'*in integrum restitutio per absentiam*.

A. Celles qui ont éprouvé une perte directe ou un manque de gain, à cause de leur situation personnelle qui les a mises dans l'impossibilité d'agir en justice et de veiller à la conservation de leurs intérêts. Rentrent dans cette classe :

Ceux dont l'absence est justifiée *justo metu*, par une crainte fondée, c'est-à-dire les personnes, qui menacées de mort ou de tortures corporelles par un tiers, ont été dans la nécessité de s'éloigner pour échapper à la réalisation de ces menaces, et pour lesquelles cet éloignement du centre de leurs affaires a occasionné un dommage quelconque. Nous aurons l'occasion de voir, quand nous étudierons l'*in integrum restitutio propter metum*, les conditions que devait réunir cette crainte pour autoriser l'intervention du préteur ; nous y renvoyons pour éviter

des redites et pour présenter chaque théorie à sa vraie place (1).

2° Ceux dont l'absence a lieu *reipublicæ causa*, pourvu qu'elle ne se complique de leur part d'aucune manœuvre dolosive. Il ne suffirait pas que le demandeur en restitution établît que son absence se justifie par un intérêt public quelconque ; des textes nombreux en font foi ; seul, le service de l'état est considéré comme un obstacle insurmontable à ce qu'un particulier ait pu s'occuper utilement de ses affaires privées en même temps que de la mission ressortissant à ses fonctions. Quelques exemples tirés du Digeste nous feront mieux comprendre cette différence entre l'intérêt public et le service de l'Etat. Obtiendront le bénéfice de l'*in integrum restitutio* : — *a.* Tous les militaires qui ne peuvent sans danger, pendant une expédition, s'éloigner de leur corps, *signis discedere* (6,45 fr. Scœvol.) qu'ils combattent, d'ailleurs, au dehors ou à Rome (idem, 7, fr. Ulp.) ; il en est de même de ceux qui conduisent ou ramènent des détachements ou qui vont lever des troupes (idem *præm.*) et des médecins qui prodiguent leurs soins aux militaires (idem, 33, § 2, fr. Modest.) — *b.* Les gouverneurs de province, comme le *præfectus Ægypti* (idem, 35 § 3 fr. Paul.), et leurs assesseurs; le *procurator Cæsaris* (idem, § 2).— *c.* Cette faveur fut même étendue aux femmes des absents *reipublicæ causa*, qui les suivaient (2). L'absence comprenait tout le temps que le militaire mettait à se rendre en congé ou à en revenir, et celui du voyage des fonctionnaires énumérés ci-dessus pour gagner leur poste ou rentrer chez eux après l'accomplissement de leur mission. Au contraire, on

(1) Idem, 2 § 1 fr. Callistr ; 3 fr. Ulp.

(2) Cod. II, 52, *de uxoribus militum et eorum qui reipublicæ causa absunt*, c. 1 et 2.

ne considérait point comme absents pour le service de l'état ceux qui continuaient leurs fonctions, après l'expiration du temps pour lequel ils en avaient été investis, ni ceux qui se chargeaient d'une mission publique mais pour réaliser des bénéfices à leur profit, ni enfin ceux qui servaient l'Etat, mais à Rome même, comme les magistrats. (idem, 37 fr. Paul ; 4 fr. Callistr. ; 36 fr. Ulp. ; 42 fr. Alfen.; 6, fr. Paul.)

Le bénéfice de l'*in integrum restitutio* était refusé à ceux qui, absents pour le service de l'Etat, auraient pu cependant revenir pour empêcher le dommage qui leur a été causé, et qui se sont abstenus pour obtenir par le secours du préteur une situation plus avantageuse; il y avait en effet chez ces personnes, une intention mauvaise un *dolus malus*, qui leur enlevait tout droit à la protection du magistrat (idem, 4 fr. Callistr.).

3° Ceux qui sont aux fers ou en prison, *in vinculis*; par là il faut entendre non-seulement les personnes qui sont enfermées dans une prison publique mais aussi celles qui sont retenues par des voleurs, des brigands, par une force supérieure quelconque; ou qui sont détenues sur ordre du président de la province, ou qui ne pourraient se montrer, enchaînées, en public, sans qu'il en rejaillît sur elles de la honte ou du déshonneur (1).

4° Ceux qui sont *in servitute*, c'est-à-dire esclaves en fait, mais libres en droit (2). L'édit ne s'appliquait point évidemment à la personne dont l'état faisait l'objet d'un procès; car, par faveur pour la liberté, dans toute *liberalis causa*, on ne présumait point l'esclavage (3); il ne

(1) Dig. idem 9 § 2 fr. Callistr.; idem, 4, 16, *de verborum significatione et de diversis regulis juris*, 224, fr. Vénul.; Cod. II, 54, C. 2.

(2) Dig. IV, 6, 11 fr. Callistr.

(3) Idem, 12 fr. Ulp.

s'appliquait pas davantage à l'esclave affranchi et institué héritier, tant qu'il n'était point investi de l'hérédité; dans cette situation, en effet, il ne saurait participer au droit civil, puisqu'il est encore esclave (1).

5° Ceux qui sont *in hostium potestate* (2).

Nous devons faire observer toutefois que cette première partie de l'édit ne pouvait raisonnablement protéger que ceux qui n'avaient point laissé de procureur ou qui de retour avaient pu agir avant l'accomplissement du dommage. Le motif de restitution n'existait plus en cette hypothèse; car le demandeur ne pouvait s'en prendre qu'à lui d'avoir choisi un mandataire négligent, et dans le second cas, il était coupable d'avoir fait preuve d'insouciance en ne prévenant pas le préjudice qui le menaçait.

Elle s'étendait au surplus aux héritiers de celui qui aurait pu la demander. C'est ainsi que les empereurs Sévère et Antonin, par une constitution insérée au Code, décidèrent que l'héritier d'un certain Valérianus, centurion de la douzième cohorte des Alpes, mort au service avant d'avoir pu demander une *bonorum possessio* qui lui était déférée, pourrait solliciter le secours de l'*in integrum restitutio*, du chef de son auteur (3). Cette constitution nous montre également que le préteur intervenait même pour réparer le dommage d'une acquisition manquée; le plus souvent, cependant, il s'agissait d'une diminution de patrimoine, et les textes nous en citent nombre d'exemples sur lesquels nous ne croyons pas utile d'insister (4).

(1) Idem, 13 fr. Paul.

(2) Idem, 14 fr. Callistr. et 15 præm. fr. Ulp.

(3) Cod. II, 51, *de restitutionibus militum et eorum qui reipublicæ causa absunt*; Dig. idem, 17 § 1 fr. Ulp.; 27 fr. Paul.

(4) Cod. idem, c. 2, 3 et 6.

Mais si l'*in integrum restitutio per absentiam* est accordée aux majeurs de vingt-cinq ans c'est seulement lorsqu'ils demandent à rentrer en possession de ce qui leur appartient, *rei persequendæ gratiâ*, et non point lorsqu'ils cherchent à réaliser un gain au détriment de leur adversaire, à s'enrichir à ses dépens. Aussi Papinien enseigne-t-il que si un acheteur tombe au pouvoir de l'ennemi avant d'avoir usucapé, il ne saurait à son retour, en dépit de la *fictio postliminii*, obtenir que sa possession interrompue par sa captivité soit considérée comme ayant toujours duré; car la possession est un fait qui n'a pu se produire pendant la capacité; accorder, dans ce cas, la restitution, ce serait porter une atteinte odieuse aux droits du propriétaire que la possession n'a pu dépouiller puisqu'elle ne s'est pas révélée à ses yeux pendant tout le temps légal (1).

B. — Celles qui ont éprouvé une perte directe ou un manque de gain, à cause de la situation personnelle de leur adversaire que des raisons de fait ou de droit les ont empêchées de poursuivre.

Les règles de la procédure romaine ne permettaient pas qu'on citât en justice ceux qui se trouvaient dans l'une des cinq situations que nous venons d'exposer, et, en outre, la procédure par défaut n'existait point; on se trouvait donc désarmé contre elles et par suite exposé à subir certaines pertes qu'il était impossible de prévenir. Mais le préteur qui, dans la première partie de son édit, avait pourvu à ce que les absents pour excuse légitime ne subissent aucun préjudice dans leur fortune, leur enleva dans la seconde partie, le moyen de profiter de cette absence, pour s'enrichir aux dépens d'autrui. Il

(1) Dig. idem, 19, 20 fr. Papin.

étendit même la catégorie de ceux que l'*in integrum restitutio per absentiam* pouvait venir atteindre en y faisant rentrer les absents pour une cause autre que le service de l'Etat, les magistrats supérieurs, comme le Consul, le préteur, qu'on ne pouvait faire comparaître comme défendeurs en justice, sans leur assentiment; les *infantes*, les fous, les cités et même les personnes présentes lorsque régulièrement appelées devant le magistrat, elles ne comparaissaient pas (1). Mais si les personnes visées par la seconde partie de l'édit avaient laissé un mandataire, le secours du préteur ne pouvait être accordé ; car le demandeur était en faute de n'avoir pas intenté des poursuites en temps utile, contre celui qui est investi de ce mandat (2). De même le demandeur en restitution ne serait point écouté s'il n'a pas fait en temps et lieu les diligences nécessaires pour trouver parmi les amis de l'absent, quelqu'un qui consente à défendre, avec ou sans caution *judicatum solvi* ; il en serait de même, enfin, s'il n'a point sollicité la *missio in possessionem* des biens de l'absent, lorsque cet envoi en possession aurait suffi pour conserver ses droits (3).

C. — Celles qui ont subi un préjudice par la perte d'une action dûe au fait du magistrat qui était absent ou empêché, ou qui a laissé traîner l'affaire en longueur, soit par négligence, soit par dol.

Trois conditions sont requises pour que le bénéfice de cette clause de l'édit puisse être octroyé. Il faut : 1° qu'il y ait déchéance de l'action, extinction complète du droit de l'exercer ; 2° que cette déchéance soit bien dûe au fait du

(1) Idem, 21, § 1, fr. Ulp. ; 22, § 2, fr. Paul ; 22, § 3 et 4, fr. Paul ; 25 fr. Gaü ; 26 fr. Ulp.

(2) Idem, 21, § 2 fr. Ulp.

(3) Idem, 23, § 4, fr. Ulp.

magistrat ; 3° qu'elle n'ait été accompagnée d'aucun dol de la part du demandeur ; *ipsis enim deliquentibus prætor non subvenit.* Il y a faute du magistrat, si la perte de l'action provient des lenteurs par lui apportées à l'examen de l'affaire ; si par faveur pour l'une des parties ou moyennant une somme d'argent, *jus non dixerit.* Mais il serait à l'abri de tout reproche si après examen, il n'avait fait que refuser l'action ; il aurait, en effet, dans ce cas agi dans les limites de ses fonctions (1).

D. — Celles à qui, pour un motif quelconque, non prévu par l'édit, le préteur peut dans la plénitude de son libre arbitre accorder l'*in integrum restitutio.*

Cette clause générale était indispensable, car il pouvait se présenter une multitude de cas, impossibles à prévoir, dans lesquels cependant l'équité commandait que le préteur intervînt pour accorder la ressource de son institution protectrice ; c'est ainsi qu'avec le pouvoir illimité d'appréciation qui lui était dévolu, le magistrat peut restituer en entier des personnes qui avaient subi un préjudice pendant une absence faite soit dans l'intérêt de leur cité (2), soit dans leur intérêt personnel pour un procès, par exemple. Les textes, d'ailleurs, nous fournissent une foule d'exemples d'application de cette *clausula generalis.* En voici deux, entre autres, qui nous montrent quelle extention on ne tarda pas à donner à l'*in integrum restitutio.*

Le premier, c'est le cas d'une personne qui, citée en

(1) Idem, 26, § 4 et 7, fr. Ulp.

(2) La clause générale de l'édit ne s'étend point à ceux qui sont absents *Reipublicæ causa* ; car ils ont pu constituer un mandataire pour les représenter ; mais elle s'appliquait à celui qui était envoyé en mission, *legatus*, dans l'intérêt commun d'une cité, car il était choisi par ses concitoyens et il n'eût pas été juste que quelqu'un d'eux pût mettre à profit son absence pour s'enrichir à ses dépens (Pothier, *ad Pandectas*, tôme I, *hic*, XLII).

justice, ne s'est pas présentée pour défendre et qui cependant se fait restituer en entier contre la sentence, parce qu'elle est présumée n'avoir point suffisamment entendu la voix de l'huissier (1). Le second est plus compliqué. Deux curateurs Caius et Seius devaient cent, à raison de leur administration, soit cinquante pour chacun d'eux. Caius étant mort, son héritier mineur fut, par une erreur du juge, condamné à soixante ; il fut à concurrence de dix restitué contre celui dont son auteur avait géré la curatelle. Mais cette restitution ne pouvait avoir pour effet d'infirmer la sentence qui n'avait condamné Seius qu'à concurrence de quarante, attendu que la restitution n'a d'effet qu'entre les personnes qui sont parties à la demande. Mais comme l'équité se refuse à ce que dans l'espèce l'ancien mineur éprouve une perte et que Seius réalise un bénéfice, la clause générale de l'édit ouvrait la voie de la restitution au profit du premier contre Seius.

Avant de terminer ce qui a trait à l'*in integrum restitutio per absentiam*, nous devons faire observer que, sous Justinien, l'édit du préteur perdit quelque peu de son utilité pratique ; des constitutions impériales et des sénatusconsultes avaient déjà, par des dispositions formelles, modifié la législation et pourvu aux intérêts de ceux que le préteur avait jadis senti la nécessité de protéger par le secours de son institution.

Section IV

DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO PER DOLUM

Quoique nous n'ayons point ici à présenter la théorie du dol, nous croyons indispensable d'en esquisser les règles générales, pour la plus grande intelligence de la contro-

(1) Dig. IV, 1, 7 fr. Marcell.

verse qui s'était élevée sur l'application du remède prétorien, *propter calliditatem.*

Lorsqu'une personne a subi une diminution quelconque dans son patrimoine, par suite de ruses, fourberies ou manœuvres de la part d'un tiers (1), elle est armée contre ce dernier d'une *actio de dolo,* qui tend moins à punir l'auteur du dol qu'à l'empêcher de s'enrichir, et surtout à indemniser la personne lésée, *ne vel illis sua malitia sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa* (2); le défendeur qui y succombe est noté d'infamie. Sous quelques réserves sans importance pour notre étude, elle appartient à celui qui souffre le dommage, que le dol ait été dirigé contre lui ou contre toute autre personne, mais elle ne s'intente que contre l'auteur du dol, jamais contre celui qui en a profité sans y avoir participé.

Des termes mêmes de l'édit, il résulte que l'*actio de dolo* n'est accordée qu'à défaut de toute autre action : *si de his rebus alia actio non erit,* c'est-à-dire seulement dans les cas où la personne lésée est dépourvue de tout moyen de droit, quel qu'il soit, qui puisse produire pour elle le résultat qu'elle cherche à atteindre dans l'exercice de l'action de dol ; cette explication nous est fournie par les textes eux-mêmes, où nous voyons refuser cette action à celui qui, par voie d'action civile ou prétorienne, d'exception ou de tout autre moyen de défense, peut obtenir la

(1) Dans le premier état du droit, la victime du dol n'avait aucun moyen de recours contre celui qui s'en était rendu coupable, à moins qu'il ne se rattachât à la formation ou à l'exécution d'un contrat *bonæ fidei,* ou qu'il ne constituât un délit, comme un *furtum,* ou tout au moins un délit prévu par la *lex Aquilia.* Emu de cette injustice, le préteur Aquilius Gallus, ami et collègue de Cicéron (an 668 de Rome), créa l'*actio de dolo,* dont il va être parlé dans cette section.

(2). Dig. IV, 3, *de dolo malo,* prœm. fr. Ulp.

réparation du préjudice qu'elle subit et même à celui qui par sa faute a perdu l'action ou le moyen de défense qui le protégeait, ou enfin à celui qui peut agir contre un tiers étranger au dol, mais solvable.

Indépendamment de cette *actio de dolo* qui permettait à celui qui avait éprouvé le dommage d'actionner directement l'auteur du dol, l'*exceptio de dolo*, qui précéda même l'action, autorisait la victime à se refuser, si elle était poursuivie par son adversaire, à exécuter le contrat ; nous n'insistons pas, et nous arrivons alors à l'*in integrum restitutio per dolum*, qui constitue le troisième moyen d'arriver à la réparation du préjudice occasionnée par les ruses et les manœuvres d'un tiers.

Il est impossible de fixer d'une façon précise l'époque à laquelle l'*in integrum restitutio per dolum* fut introduite dans la pratique ; il semble toutefois résulter d'un passage du *de officiis de Cicéron* (lib. III, cap. 14) qu'elle est postérieure à l'*actio de dolo ?* Son utilité était incontestable et le but du préteur en l'accordant dans de pareilles circonstances, fut tout à la fois de prévenir pour l'auteur du dol les conséquences désastreuses de l'*actio de dolo*, qui entraînait la note d'infamie, et de donner à la victime un moyen souvent plus avantageux pour elle d'obtenir réparation du tort qui lui était fait ; c'est ce que nous allons expliquer plus longuement dans un instant.

Quoi qu'il en soit, à l'époque où elle était reçue, elle se trouve en concours avec l'*actio de dolo*, et c'est à cette occasion que naît la controverse que nous avons signalée au début de cette section et que nous allons essayer de développer.

En présence des textes nombreux que nous avons indiqués, il ressort clairement que l'*actio de dolo* ne peut être accordée si une autre voie de procédure et spécialement

l'*in integrum restitutio*, est ouverte au demandeur qui se prétend victime d'une manœuvre frauduleuse. Posée dans ces termes la règle nous conduit à la conclusion suivante : l'*actio de dolo* ne pourra être donnée que dans le cas, relativement rare, où, en fait, la restitution sera devenue impossible, parce que la chose obtenue par dol aura péri. Cette conclusion effraie quelques auteurs qui, malgré la précision des textes, ont nié que dans ce cas l'*in integrum restitutio ob dolum* fût admise et soutiennent qu'on doit s'en tenir à l'*actio de dolo*, autrement, disent-ils, le secours prétorien, destiné seulement, dans le principe, à ne protéger qu'exceptionnellement la personne lésée, deviendrait la règle générale et détruirait presque l'exercice de l'*actio de dolo*.

Nous n'admettons pas cette opinion, parce qu'elle nous semble trop contraire à l'ensemble des dispositions de la loi romaine et à la théorie même de l'*in integrum restitutio*. Selon nous cette action et l'*in integrum restitutio per dolum* ont chacune leur sphère d'application et peuvent parfaitement se concilier.

La règle, nous nous empressons de le reconnaître, c'est que l'*actio de dolo* doit être donnée ; elle forme le droit commun ; le dol, dont s'est rendu coupable l'un des contractants, a donné naissance contre lui à cette voie de droit dont les conséquences pourront être fort graves, mais qui sont justifiées par l'intention mauvaise qui a présidé à ses agissements ; le droit civil reçoit ici son entière application et nous n'hésitons pas même à dire que l'*actio de dolo* exclurait l'*in integrum restitutio*, si cette dernière ne devait point fournir au demandeur la satisfaction qu'il trouverait dans l'exercice de l'action ; mais il ne faut pas perdre de vue que les principes mêmes s'opposent à ce que cette action soit accordée s'il existe, abstraction faite

de toute idée de dol, une autre voie de droit ouverte à la victime pour se faire indemniser, c'est ainsi que si le dol a été pratiqué sur un mineur de vingt-cinq ans, celui-ci protégé par l'*in integrum restitutio per infirmitatem ætatis*, trouvera dans ce moyen prétorien contre l'acte préjudiciable à ses droits un secours suffisamment efficace, qui lui fera refuser l'*actio de dolo* (1). Il en serait ainsi encore si une action pénale était de nature à couvrir la partie lésée de la perte qu'elle a éprouvée (2). Nous pouvons donc dire, pour résumer ce qui précède, que, si en général l'*actio de dolo* est exclue par une voie de droit, et notamment par une restitution fondée sur une cause independante du dol, de même elle exclut, quand cela est sans danger, la restitution fondée sur le simple dol.

Mais il est des cas où l'*actio de dolo* ne sera qu'une arme insuffisante entre les mains de la partie lésée, ou plutôt il est des cas où le remède apporté par cette action ne sera pas assez énergique pour faire disparaître le préjudice occasionné à celui qui se plaint du dol ; c'est alors que l'*actio de dolo* cédera devant l'institution prétorienne dont l'effet salutaire sera de remettre les choses dans leur ancien état, de rétablir les parties dans leur situation primitive, ce qui conjurera tout danger de perte pour le demandeur. Des textes précis vont nous permettre d'établir que ce système est parfaitement fondé ; n'a-t-il pas pour lui, d'ailleurs, l'intention évidente qui a présidé à la création de l'*in integrum restitutio* par le magistrat, qui s'efforce de plus en plus de combler les lacunes du droit civil.

Voici un insolvable qui, par suite de manœuvres dolosi-

(1) Dig. idem, 38 fr. Ulp.
(2) Idem, 7 § 1 fr. Ulp.

ves, a pu réussir à éviter un jugement de condamnation ; le préteur accorde au demandeur une *in integrum restitutio ob dolum* (1). Une personne insolvable, héritière à concurrence de moitié, et chargée de défendre pour son cohéritier absent, répond, pour éviter de fournir la *cautio judicatum solvi*, qu'elle est seule héritière; intervient un jugement qui la condamne; le demandeur obtiendra une *in integrum restitutio per dolum* (2). Pourquoi cette restitution? parce que, évidemment, l'*actio de dolo*, poursuivie contre un insolvable, n'aurait pour la victime du dol aucun intérêt pratique ; l'infamie qui frapperait cet insolvable n'indemniserait pas le demandeur du préjudice qui lui a été occasionné, et cette satisfaction que l'*actio de dolo* est impuissante, en pareil cas, à fournir, l'*in integrum restitutio* la procurera, et elle la procurera, parce que, tout étant remis dans le premier état, le demandeur n'aura pas cessé d'être investi des droits qu'il avait auparavant, même vis-à-vis des tiers de bonne foi, qui ne peuvent s'enrichir aux dépens d'autrui.

Il y a un texte qui, pour tous, témoigne jusqu'à l'évidence que l'*in integrum restitutio per dolum* peut être accordée de préférence à l'*actio de dolo*, quand l'intérêt des parties et surtout celui de la victime du dol le réclament; c'est ce passage de Marcellus; *boni prætoris est potius restituere litem, ut et ratio et equitas postulabit, quam actionem famosam constituere* (3).

Bref nous estimons que la coexistence de l'*actio de dolo* et de l'*integrum restitutio per dolum* se peut expliquer,

(1) Dig. II, 10, *de eo per quem factum erit quominus quis in judicio sistat*, 3 § 1 fr. Julian.

(2) Idem, XI, 1, *de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus*, 18 fr. Julian.

(3) Dig. IV, 17 § 1.

et que chacune d'elles a un champ d'action complétement distinct, le magistrat ayant, d'ailleurs, toujours une liberté complète d'appréciation qui lui permettra, selon les besoins de la cause, et suivant les exigences de l'équité, d'accorder l'une ou l'autre à celui qui se plaindra d'être victime d'un dol (1).

Parmi les cas d'application de l'*in integrum restitutio per dolum*, l'un des plus saillants nous semble se réaliser au profit des créanciers qui veulent obtenir la rescision des actes frauduleux de leur débiteur. Une personne, pour causer un préjudice à ses créanciers, fait une aliénation. Ceux-ci, sur l'envoi en possession prononcé à leur profit des biens de leur débiteur, constatent que ce qui est resté du patrimoine de ce dernier est insuffisant pour les désintéresser ; ils s'adressent alors au préteur qui leur accorde l'*in integrum restitutio*, dont l'effet est de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant l'aliénation. On sera peut-être tenté de se demander quelle peut bien être l'utilité de cette rescision, puisque le droit commun ouvre aux créanciers, victimes du dol de leur débiteur, la voie de l'action paulienne, c'est-à-dire le droit d'exiger que le débiteur lui-même, les complices de la fraude et même les tiers qui ont profité de l'aliénation, au moins à titre gratuit, réparent, en exécution de l'*arbitrium* ou de la *sententia*, le préjudice qu'ils souffrent. La réponse est facile ; il peut arriver que l'action soit dirigée contre des insolvables qui ne veulent point exécuter l'*arbitrium* ; le jugement qui interviendra ne procurera peut-être aux créanciers qu'un dividende, si tant est qu'ils puissent même en réaliser un ; bien plus efficace alors, sera l'*in integrum resti-*

(1) Ortolan, *Explication historique des Institutes*, T. III, § 2148 p. 643 ; Accarias, *op. cit*, t. II, § 940 p. 1320.

tutio, puisque la chose aliénée rentrera dans le patrimoine du débiteur, où les créanciers la poursuivront en vertu d'une action réelle fictice. C'est cette action que certains commentateurs ont qualifiée de paulienne réelle sans que rien dans les textes vienne établir qu'elle ait jamais existé sous ce nom. Nous n'avons point, d'ailleurs, à nous occuper autrement de cette action.

Section V

DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO PER METUM

Le dol, que nous avons étudié dans la section précédente, ne donnait lieu à la restitution que dans certains cas déterminés; la crainte, que nous avons maintenant à examiner, est, au contraire, une cause générale de restitution tout comme la minorité.

Une personne a fait un acte qui entraîne pour elle une perte ou une diminution de droit : soit qu'elle ait accepté une hérédité onéreuse, ou répudié une succession présentant un passif supérieur à l'actif, soit qu'elle ait consenti une aliénation ou une constitution de droits réels, soit enfin qu'elle ait contracté ou éteint une obligation; et cet acte, elle l'a fait par suite d'une violence exercée sur elle. Sans remède à l'époque du pur droit civil, où la volonté même obtenue par force, *coacta*, est cependant considérée comme une volonté capable de créer ou d'éteindre un droit, cette situation de la victime est protégée par le préteur qui introduit dans la pratique l'*actio quod metus*

causa, l'*exceptio quod metus causa*, et l'*in integrum restitutio per metum*.

Pour autoriser l'intervention du magistrat, la crainte suppose évidemment un acte déterminé par elle, et aboutissant à un préjudice ; et les textes insérés au Digeste, IV, 2, *quod metus causa gestum erit*, vont nous fixer eux-mêmes les caractères que doit présenter la crainte pour pouvoir devenir un motif de restitution en entier.

Et d'abord, il est nécessaire que la crainte ait réellement déterminé la volonté de celui qui se plaint de l'avoir subie, que le péril dont on l'a menacé soit, d'ailleurs, prochain ou éloigné (idem 1 fr. Ulp.); il faut de plus, qu'elle procède de faits contraires à la loi ou aux bonnes mœurs; ainsi on ne tiendrait point compte de celle que le magistrat inspire par un usage légitime de son pouvoir (idem, 3 § fr. Ulp.); elle doit être, en outre, de nature à faire impression sur une personne raisonnable, ce qui revient à dire qu'elle doit consister dans la perspective d'un mal considérable : comme la mort, les supplices corporels, *corporis cruciatus*, une servitude imméritée, un attentat à la pudeur, une accusation capitale (idem, 3 § 1 fr. Ulp.; 4 fr. Paul; 5 fr. Gaii; 7 § 1 fr. Ulp.; 8 §§ 1 et 2 fr. Paul; 9 fr. Ulp., 21 fr. Paul; Cod. II, 4, *de transactionibus*, c. 13; idem, 20, *de his quæ vi metusve causa gesta sunt*, c. 4 et 7; VIII, 38, *de contrahenda et committenda stipulatione* c. 9) Enfin elle doit être inspirée par le fait d'un tiers; jamais la crainte spontanée n'eût touché le préteur (Dig. IV, 2, 21 præm.). Il importe peu, du reste, que le tiers ait recours à des voies de fait ou à de simples menaces; il suffit que la victime ait été influencée pour qu'elle puisse se prévaloir de violence exercée sur elle.

Une controverse s'est élevée sur le point de savoir

laquelle de l'*actio quod metus causa* ou de l'*in integrum restitutio per dolum*, est la plus ancienne. On a soutenu que la *restitutio* avait dû précéder parce que le préteur avait une liberté d'appréciation beaucoup moins étendue pour la délivrance de l'action que pour l'octroi de la restitution, et que cet excès de latitude laissé au magistrat était un signe d'imperfection qui accuse clairement l'antériorité de cette dernière voie de droit ; c'est le propre de toute institution nouvelle, dit-on, d'être, dès le principe, abandonnée au libre arbitre du préteur, jusqu'à ce que l'expérience et la pratique ayant déterminé le véritable terrain où elle doit se mouvoir, des règles précises et immuables viennent l'y fixer pour l'avenir.

On pourrait répondre que l'*in integrum restitutio* constitue un progrès, puisqu'elle réalise un moyen de secours plus large et plus sûr que l'action ; mais nous ne sommes pas éloigné de croire que l'*actio* et la *restitutio*, qui ont chacune leur utilité et leur but distincts, ont été introduites à la même époque : l'*actio* permettant au demandeur d'obtenir le quadruple du dommage qui lui a été causé ; la *restitutio* remettant tout dans l'état ancien, résultat de beaucoup préférable pour la victime de la violence, si l'acte qu'elle a fait a engendré pour elle un grand nombre de rapports de droit (1), ou si elle a comme adversaire un insolvable.

Nous ne nous heurtons pas ici à la difficulté qu'à soulevée la coexistence de l'*actio de dolo* et de l'*in integrum restitutio per dolum*. L'*actio quod metus causa* n'est point, en effet, subsidiaire, et la faculté ouverte au demandeur de recourir à une autre voie de droit ne lui ferme point le secours de cette action ; nous pouvons donc dire que la

(1) Accarias, *op. cit.* T. II, § 845, n° 1.

restitutio peut être obtenue dans tous les cas où l'*actio* elle-même serait donnée (1). Seulement au lieu d'accorder l'*actio* le préteur restituait en entier lorsque le demandeur y avait intérêt. Ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, une personne a, par crainte, fait adition d'hérédité; la voilà obligée envers un nombre peut-être considérable de créanciers, légataires, etc. Que si on lui donne l'*actio quod metus causa*, il faudra pour échapper aux conséquences de son adition qu'elle intente des poursuites individuelles contre chacun de ceux envers lesquels elle est tenue; ou bien, si elle se laisse attaquer, elle aura autant de fois à opposer l'*exceptio* qu'elle aura d'adversaires; obtient-elle au contraire la restitution (et c'est le secours qui, dans notre hypothèse, lui sera donné) : d'un seul coup tous les rapports de droit résultant pour elle de son adition, sont éteints; car elle devient, comme auparavant, étrangère à l'hérédité (2).

Section VI.

DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO PER JUSTUM ERROREM

Nous voici, comme au cas de dol, en présence d'une restitution qui ne s'accorde que dans quelques circonstances spéciales et dignes d'intérêt; c'est que l'erreur n'est une cause de restitution que si elle est excusable, *justus*; celle qui provient de l'étourderie ou d'une ignorance trop grande ne mériterait pas l'intervention du

(1) Dig. IV, 29 §§ 4 et 6 fr. Ulp.; 21 § 6 fr. Paul.
(2) Idem, 21 § 5, fr. Paul.

magistrat, qui reste toujours souverain appréciateur de la demande qui lui est adressée.

Sur une poursuite dirigée en justice contre elle une personne a laissé délivrer la formule par le magistrat, sans y faire insérer une exception péremptoire, militant à son profit, c'est-à-dire un moyen de défense de nature à faire annuler la demande de son adversaire ; elle ignorait l'existence de cette exception. Tant que la sentence n'est pas rendue, elle peut obtenir une *in integrum restitutio*, dont la conséquence sera le remaniement de la formule et l'insertion de l'exception par elle omise (1). Mais il est des exceptions péremptoires, qui, tout en paralysant le droit, laissent cependant subsister une obligation naturelle ; telle est celle du sénatusconsulte macédonien ; l'omission d'une pareille exception dans la formule pourra-t-elle motiver la restitution ? Oui, évidemment, en ce qui concerne l'exception de ce sénatus-consulte, car un texte du Digeste le déclare positivement (2). Nous estimons même que cette solution doit être admise dans tous les autres cas ; car enfin, si le défendeur, tenu simplement d'une obligation naturelle, acquitte cette obligation, il le fait volontairement ; au contraire, ce n'est pas de son consentement qu'il est poursuivi, et dès lors on ne peut considérer l'omission de son exception comme un acte volontaire de sa part ; s'il avait tenu à acquitter l'obligation naturelle qui a continué à résider sur sa tête, il aurait payé ou avant la poursuite, ou au moins, avant la délivrance de la formule.

En serait-il de même de l'omission d'une exception

(1) Gaius, *Commentaires*, IV, § 125.

(2) Dig. XIV, 6, *de senatusconsulto macedoniano*, 11 fr. Ulp.

dilatoire, c'est-à-dire de cette exception qui sans annuler le droit, en retarde l'exigibilité ou la poursuite ? Dans le passage de ses commentaires que nous avons cité plus haut, Gaius nous apprend que la question était controversée : *dilatoria vero si non fuit usus, an in integrum restituatur, quæritur.* La controverse est facile à trancher, car l'omission de cette exception n'occasionne aucune diminution de patrimoine au débiteur ; elle lui enlève simplement le bénéfice d'un délai qu'un paiement lui aurait tout aussi bien fait perdre ; il manque donc là une des conditions nécessaires à l'obtention de l'*in integrum restitutio*, une lésion même infime.

Une personne qui introduit une action en justice, demande plus qu'il ne lui est dû ; la formule une fois délivrée, il en résulte que l'*intentio* contient une *plus petitio* ; cette erreur entraîne forcément, devant le juge, la déchéance du droit, parce qu'il y a de la part du demandeur une étourderie grave qui le rend inexcusable ; aussi les Institutes nous disent que le prêteur, dans ce cas, n'accordait pas facilement l'*in integrum restitutio*, à moins qu'il ne s'agît d'un mineur de vingt-cinq ans, ou que l'erreur ne fût légitime et fondée sur une cause tellement grave, qu'elle eût fait succomber l'homme le plus attentif, le plus ferme, *constantissimus* (1). Ainsi c'est un héritier qui demande la totalité d'un legs, et plus tard on produit des codicilles qui lui en enlèvent une partie ou qui contiennent des legs dressés à d'autres personnes, en sorte que la réduction ayant lieu d'après la loi Falcidie, la demande dépasse les trois quarts (c'est l'ex-

(1) Instit. IV, 6, *de actionibus*, § 33.

emple même des Institutes) ; dans cette hypothèse il y aura lieu à l'*in integrum restitutio*, car l'erreur est *justus*.

Il est, au surplus, aisé d'expliquer pourquoi le préteur accordait si facilement l'*in integrum restitutio* au cas d'omission d'une exception, et la refusait en général, lorsqu'il s'agissait de *plus petitio* ; c'est qu'il est de règle que les défendeurs sont dans une situation plus intéressante que les demandeurs et qu'ils ont plus que ces derniers besoin de la protection du magistrat. *Favorabiliores rei potius quam actores habentur* (1).

Le bénéfice de cette *in integrum restitutio* était accordé par l'édit du préteur à celui qui avait traité de bonne foi, avec un pupille autorisé d'un *falsus tutor* ; nous disons de bonne foi, car s'il savait que cet *auctor* n'était pas tuteur, le plaignant était en faute de traiter avec un pupille agissant, en définitive, *sine auctoritate* ; *ipse se decepit* (2). Le préteur vient également au secours des créanciers d'un défunt qui ayant de fortes raisons de croire que l'héritier est insolvable, ont demandé la séparation de biens, lorsque l'héritier était solvable (3).

Ulpien nous rapporte un cas beaucoup plus singulier où l'*in integrum restitutio per dolum* devait être accordée. Une femme, se basant sur le sénatusconsulte Tertullien, réclame la succession de son fils, décédé impubère, dans la conviction que le testament de son mari est *ruptum*, ce qui détruirait la substitution quasi-pupillaire

(1) Dig. L, 17, 125 fr. Gaii.

(2) Idem, XXVII, 6, *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, 1 § 6, fr. Ulp.

(3) Idem, XLII, *de separationibus*, 1, § 17, fr. Ulp.

qui peut y être insérée. Elle succombe dans sa demande, parce que le testament est valable; mais à l'ouverture du testament fait par le père au lieu et place de son enfant, on constate qu'il ne contient point de substitution quasi-pupillaire; Nératius décide que la femme doit être restituée contre la sentence qui lui a refusé la succession de son fils (1).

(1) Dig. XLIV, 2, *de exceptione rei judicatæ*, 11, *præm.* fr. Ulp.

CHAPITRE V

ACTE OU RAPPORT DE DROIT SUSCEPTIBLE DE RESTITUTION

Cette quatrième et dernière condition exigée pour la recevabilité de la demande en restitution n'est, jusqu'à un certain point, que le corollaire des principes que nous avons exposés dans les chapitres précédents ; nous avons même à diverses reprises anticipé sur les développements que nous aurions pu réserver pour cette partie de notre étude. C'est ainsi que nous avons démontré que le bénéfice du remède prétorien était fermé à celui qui se plaignait d'une lésion occasionnée par son propre délit, comme aussi à ceux auxquels on pouvait reprocher de s'être rendus coupables de fraudes.

Mais ce n'est pas tout et nous avons ici à exposer quelques cas où, pour des considérations toutes spéciales, l'*in integrum restitutio* était refusée.

Les affranchissements volontaires régulièrement faits et alors même qu'ils émanaient d'un mineur de vingt-cinq ans, devenaient irrévocables et ne pouvaient, pour quelque motif que ce fût, faire l'objet d'une restitution en entier ; le manumisseur n'avait d'autre ressource que

d'agir contre l'affranchi, s'il s'était rendu coupable d'un dol, ou contre les personnes qui avaient provoqué ou laissé faire l'affranchissement (1). Un mineur vend un esclave que l'acheteur affranchit, *ob hoc in integrum restitui non poterit*, nous dit le jurisconsulte Paul. La liberté est inviolable et la demande fût-elle d'ailleurs entièrement fondée, elle viendrait échouer contre le respect que les Romains avaient de l'état de personne libre ; le mineur n'était point pour cela dépourvu de tout moyen de réparer le préjudice que la vente lui avait occasionnée, il aura contre l'acheteur une action pour se faire indemniser, *quanti suæ interest*, mais d'*in integrum restitutio*, il ne saurait être question.

Un mineur de vingt-cinq ans se croyant obligé par un fidéicommis de conférer la liberté à un esclave, affranchit ce dernier ; là encore, et pour le même motif, le préteur ne pourra secourir le manumisseur qui aura seulement un recours contre son curateur qui lui a laissé faire un affranchissement auquel il n'était pas tenu.

C'est ainsi encore que les jugements rendus en faveur de la liberté par le juge de la *causa liberalis*, c'est-à-dire de ces procès où l'état d'homme libre était en litige, ne pouvaient être atteints par l'*in integrum restitutio*, le plaideur malheureux ayant alors pour ressource la voie de l'appel (2). Toutefois, un fragment de Paul, rapporté au Digeste, lib. IV, tit. IV, 10, nous apprend que l'empereur, dans des cas graves, pouvait, lui, rescinder la liberté

(1) Dig. IV, 4, 9 et 6 fr. Ulp ; — 48 et 1 fr. Paul ; — 11 prœm. fr. Ulp.; — Cod. II, 31, *si adversus libertatem*, c. 1 à 3.

(2) Dig. XLIX, 1, de *appellationibus* et *relationibus*, 9 fr Macrin — Cod., idem, c. 1 à 14.

acquise : *nisi ex magna causa hoc fuerit a principe consecutus.*

Ces exceptions que nous venons de signaler ne s'appliquent qu'aux affranchissements consommés, car il a toujours été certain que l'*in integrum restitutio* pouvait être admise à l'égard des simples obligations d'affranchir (1).

Les Romains ont connu le serment comme moyen de preuves des obligations et comme ressource suprême pour terminer une contestation ; les textes nous montrent que le juge pouvait d'office le déférer à l'une des parties de même que celles-ci avaient la faculté de faire appel à leur loyauté réciproque. Mais bien différente était l'importance de ces deux sortes de serment, dont les commentateurs ont fait le serment supplétoire et le serment descisoire. Le *jusjurandum* était-il déféré par le juge pour trancher un débat dans lequel les preuves administrées par les deux plaideurs lui semblaient insuffisantes : l'*in integrum restitutio* pouvait venir réparer le dommage que cette affirmation solennelle avait causé à celui dont elle avait entraîné la condamnation. Que si au contraire le serment avait été prêté sur la réquisition de l'une des parties tout était fini et rien ne pouvait en arrêter les conséquences. Cette distinction n'a rien qui doive nous surprendre. En quoi, en effet, cette adjuration émanée du magistrat pouvait-elle fatalement entraîner la perte du droit de celles des parties contre laquelle le serment avait été prêté ? Les circonstances ne lui permettent pas de fournir à la justice une justification suffisante de ses prétentions, son adversaire n'est pas plus heureux. Pour rendre une sentence, le juge s'en remet à la déclaration de ce dernier ; mais cette confiance, l'autre partie ne la partage point ; elle n'en a pas

(1) Cod., idem, c. 1.

du tout même, puisqu'elle n'a pas pris l'initiative de cette mesure extrême, et l'on conçoit que le préteur ait la faculté d'intervenir et d'effacer les conséquences du serment. Bien différente est la situation, quand c'est l'une des parties qui s'en est remise à la loyauté de l'autre ; ici, en sommant son adversaire de prendre la divinité à témoin de ce qu'il va déclarer, on consent à considérer comme une preuve définitive et à l'abri de toute critique, l'affirmation qu'il va faire, de quoi pourrait-on se plaindre quand le serment sera prêté ? (1).

L'*in integrum restitutio* serait encore fermée contre les prescriptions de trente ou quarante ans (2) ; et la raison en est simple : celui qui reste un aussi long temps sans faire quoi que ce soit pour empêcher la perte qui le menace, est au moins coupable de négligence ; son abstention prolongée lui fait perdre tout droit à une protection qu'il n'a rien fait pour mériter ; il n'était fait exception à ce principe que pour les mineurs en tutelle.

Enfin, jamais l'*in integrum restitutio* ne fut permise contre les ventes faites par le fisc ; on considérait qu'il y avait là une question d'ordre public, devant laquelle les mineurs eux-mêmes devaient s'incliner (3).

(1) Dig. XII, 2, 31 fr. Gaii.

(2) Code VII, 39, de *prœscriptione* XXX vel XL *annorum*, C. 3.

(3) Cod. X, 3, de *fide* et *jure hastæ fiscalis et de adjectionibus*, C. 3.

CHAPITRE VI

DE LA DEMANDE EN IN INTEGRUM RESTITUTIO ET DU DÉLAI DANS LEQUEL ELLE DOIT ÊTRE INTENTÉE

Section I.

QUI PEUT FORMER LA DEMANDE EN IN INTEGRUM RESTITUTIO

Le droit d'intenter la demande en restitution appartient à celui qui est victime du dommage ; né sur la tête de cette personne, il fait partie intégrante de son patrimoine, et se transmet par suite à ses héritiers ou autres successeurs universels, à la charge par eux de prouver les mêmes faits que leur auteur aurait dû établir lui-même. Cette règle ne fait et ne pouvait faire l'objet d'aucune difficulté; elle est la conséquence nécessaire des principes admis en matière de succession ; peu importe donc que le successible soit majeur ou mineur (1).

Il n'était pas indispensable que ce fût le plaignant lui-

(1) Dig. IV, 1, 6. fr. Ulp. ; — 4, 18 § 5 fr. Ulp.

même qui portât la demande devant le préteur (1) ; il pouvait donc en charger un mandataire, pourvu que le mandat contînt un pouvoir spécial à cet effet ; une procuration générale *de universis negotiis* n'aurait point suffi ; celui-là seul est admis à provoquer le remède prétorien pour un autre *cui ad ipsum nominatim mandatum sit* (2). Cette faculté de demander la restitution *per procuratorem* n'a rien que de très-naturel, car il est complètement indifférent à l'adversaire de se trouver en présence du plaignant lui-même ou de son représentant, puisque les mêmes preuves devront être administrées et que la décision à intervenir sera définitive.

Plus même, le *paterfamilias*, qui avait confié un pécule à son fils, pouvait au nom de celui-ci demander l'*in integrum restitutio* militant à son profit, *licet filius restitui nolit*, et le père y avait, en effet, un intérêt considérable, puisqu'il est tenu des engagements pris par son fils à l'occasion de ce pécule. Quant aux autres agnats et alliés, ils n'ont qualité pour demander la restitution au nom de leur agnat ou allié, que si celui-ci y consent ou encore s'il mène une conduite de nature à lui mériter la privation de l'administration de sa fortune (3).

Le droit de demander l'*in integrum restitutio* peut être cédé, et il y a des cas où cette cession est obligatoire ; les textes nous en citent quelques-uns. Ainsi, un mineur s'était porté gérant d'affaires d'une personne, et refusait de solliciter du préteur le secours de son institution, qui eût prévenu le préjudice qu'a souffert le *dominus* ; ce dernier peut forcer le mineur à le constituer *procurator in rem*

(1) Cod. II, 49, *etiam per procuratorem causam in integrum restitutionis agi posse.*

(2) Dig, IV, 4, 23 § 1 fr. Gaii ; 26, fr. Paul.

(3) Idem, 27 fr. Gaii.

suam, c'est-à-dire à lui céder son droit à la restitution en entier (1).

Avant la constitution définitive de la curatelle, le mineur pouvait agir seul en restitution ; mais plus tard il dut être assisté d'un curateur ; s'il n'en avait pas, on lui en désignait un spécialement pour le procès.

Une hypothèse particulière va nous amener à une question fortement controversée. Un mineur a contracté une obligation, et des cautions sont intervenues pour donner plus de garanties au créancier. Le bénéfice de l'*in integrum restitutio* constitue-t-il une mesure exceptionnelle, réservée uniquement au mineur, qui seul pourra s'en prévaloir et en profiter, ou bien, au contraire, l'institution prétorienne protège-t-elle tous ceux qui se sont engagés avec le mineur, qui ont dans son intérêt concouru à la formation de son engagement ?

Il est bien évident d'abord que le préteur, en créant l'*in integrum restitutio per ætatem*, n'a eu en vue que de venir au secours de ceux que leur jeunesse et leur inexpérience exposaient aux obsessions et aux manœuvres des tiers qui chercheraient à s'enrichir à leur dépens ; il ne peut pas avoir songé à faire de ce moyen de droit un échappatoire mis à la disposition des personnes qui auraient consenti à prêter leur concours aux mineurs, et nous nous trouvons ainsi amené par la raison à en conclure que, si le créancier dirige les poursuites contre les cautions, sans s'occuper du débiteur principal, le mineur, celles-ci ne pourront pas, du chef de ce débiteur, solliciter l'*in integrum restitutio* ; elles n'auront d'autre ressource que de rechercher si le contrat n'est point entaché

(1) Idem, 28 fr. Paul ; — XXVI, 7, *de administratione et periculo tutorum*, etc, 25 fr. Ulp ; — XXVII, 3, *de tutela et rationibus distrahendis*, 20 § 1 fr. Papin.

d'une nullité qui puisse être invoquée par elle, pour échapper à l'exécution de leurs engagements. Nous pensons donc que le droit d'agir en restitution leur est fermé.

Mais le créancier s'est d'abord adressé au mineur pour obtenir satisfaction, et le préteur ayant restitué ce dernier en entier contre l'obligation qu'il avait souscrite, il se retourne contre les cautions. Les fidéjusseurs seront-ils au moins fondés à invoquer, par voie d'exception, l'*in integrum restitutio* obtenue par le débiteur principal? Oui, a-t-on dit dans un système, parce qu'ainsi le veulent et les principes généraux du droit et les textes. D'abord les principes généraux du droit : en effet l'*in integrum restitutio* une fois accordée et prononcée, les choses étant remises en leur état ancien, chacune des parties reprend la position indépendante qu'elle avait auparavant ; en un mot la dette contractée est éteinte, le mineur ne peut plus être poursuivi. Dès lors qui ne voit que le fidéjusseur doit être aussi à l'abri de toute recherche ; il n'est, lui, tenu que d'une obligation accessoire, dont l'existence est intimement liée à celle de l'obligation principale ; or l'extinction de celle-ci entraîne forcément l'extinction de celle-là : *accessorium sequitur suum principale.*

Et puis l'autorité des textes. Ainsi au Digeste, il existe une loi de Papinien contre les termes formels de laquelle on ne peut s'élever : un mineur qui a contracté une dette garantie par un fidéjusseur meurt laissant ce dernier pour héritier. *Difficile est causam juris honorarii, quæ potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem.... Auxilium igitur restitutionis fidejussori qui adolescenti heres exstitit intra constitutum tempus salvum erit* (1). Ulpien également consacre au fidéjusseur le droit de se

(1) Dig. XLVI, 3, *de solutionibus*, 95 3 fr. Papin.

prévaloir de l'*in integrum restitutio : viginti quinque annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit. defensor idoneus non est, quia et ipse et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur* (1) Et Scévola donne encore la même solution, en termes non moins explicites : *si pupillus se hæreditate abstineat succurendum est et fidejussoribus ab eo datis, si ex hæreditario contractu convenirentur* (2).

Cette solution ne nous paraît pas la bonne. Il nous semble qu'il faut, dès le principe, rechercher qu'elle a été la commune intention des parties, lors de la constitution de la caution; il peut se faire, en effet, que les fidéjusseurs soient intervenus pour s'engager envers le créancier à exécuter l'obligation contractée par le mineur, si celui-ci n'y satisfait pas, comme il peut arriver qu'ils aient entendu simplement affirmer la solvabilité du débiteur ; chacune de ces hypothèses va nous fournir une solution différente où nous nous trouverons d'accord avec les principes généraux du droit et aussi avec les textes.

Le fidéjusseur a-t-il voulu promettre de fournir lui-même la prestation, au cas où le mineur ne s'exécuterait pas; il s'est porté fort pour l'incapable, il s'est engagé personnellement, *adfirmator fuit et suasor ut cum minore contraheretur* ; le créancier se trouve donc avoir deux débiteurs au lieu d'un, et le fidéjusseur ne serait point recevable à invoquer en sa faveur le bénéfice de la restitution accordée à l'incapable, puisque, d'ailleurs, il est intervenu pour donner au créancier la satisfaction que celui-ci ne recevrait pas du mineur.

(1) Idem, III, 3, *de procuratoribus et defensoribus*, 51, *præm.* fr. Ulp.

(2) Idem, XXIX, 2, *de acquirenda vel omittenda hereditate*, 89 fr. Scævol.

Au contraire, s'est-il simplement borné à donner, en quelque sorte, au créancier des renseignements sur la solvabilité du débiteur; il ne s'est pas porté garant de l'exécution, et si le mineur se fait restituer en entier contre l'acte qu'il a fait, le créancier ne pourra se retourner contre le fidéjusseur, il n'aura qu'à s'en prendre à l'imprudence qu'il a commise en traitant avec un incapable.

Ainsi le veulent les principes généraux du droit. L'*in integrum restitutio*, une fois prononcée, ne produit pas des effets aussi absolus que ceux indiqués par le système que nous combattons; nos adversaires prétendent que l'obligation du mineur est parfaitement et complètement éteinte quand le préteur est venu à son secours, mais c'est là une affirmation purement gratuite que rien ne vient justifier, et contre laquelle proteste même le jurisconsulte Ulpien, puisqu'il pose la question de savoir qui supporterait la perte, de la caution ou du créancier; question bien naïve, il faut l'avouer, si la proposition que nous combattons est exacte. Mais elle ne l'est pas; l'*in integrum restitutio* a éteint l'obligation du mineur *jure civili tantum*, voilà pourquoi le créancier ne peut plus actionner son débiteur principal; mais il survit une obligation naturelle, qui peut, personne ne l'a jamais contesté, faire l'objet d'une fidéjussion. Et puis, que faisait le préteur en accordant la restitution en entier; annulait-il de plein droit une obligation civile? Non, il ne le pouvait pas, il empêchait simplement les conséquences désastreuses d'un acte passé par le mineur, rien de plus (1). N'est-ce pas là le renversement complet du précédent système!

(1) de Savigny, *op. cit.* t. VII, § 333, p. 226 et s.; — Fabre, *conjecturæ*, VIII, c. III; Duaren, t. 1, p. 163 et 164, *de fidejussoribus minorum*.

Restent les textes. On nous oppose d'abord une loi de Papinien, qui suppose le cas où un fidejusseur succède au débiteur principal ; et l'on cite, pour montrer que ce jurisconsulte accorde au fidejusseur la faveur de l'*in integrum restitutio*, deux passages de la loi, qui pris isolément, peuvent en effet paraître concluants et précis. Mais si nous étudions le texte en entier, nous y voyons d'abord que Papinien déclare que si la caution était tenue d'une obligation *plenior*, c'est celle du débiteur principal qui disparaîtrait : *Fidejussorem, qui debitor heres extitit, ex causa fidejussionis liberari totiens verum est quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor non liberatur.* Que conclure de là : que dans l'hypothèse prévue par Papinien, le droit du créancier peut être plus étendu contre la caution que contre le débiteur principal, et on arrive de la sorte à faire dire à Papinien dans le même texte, deux choses diamétralement opposées. Mais il y a plus, le jurisconsule romain confirme lui-même la théorie que nous proposons. Pourquoi décide-t-il dans le cas prévu par lui, que l'obligation du fidéjusseur disparaît ? C'est que *fidejussor accessit sine contemplatione juris prætorii* ; il fait donc lui-même la distinction que nous avons indiquée ; il décide, en prenant pour base la commune intention des parties, qui s'étaient placées au point de vue du droit civil, qui n'avaient pas eu égard à la restitution du préteur. La solution n'eût évidemment pas été la même, si le fidéjusseur était intervenu pour garantir le créancier contre l'éventualité d'une restitution invoquée par le mineur.

Les deux textes d'Ulpien et de Scévola, sur lesquels on veut encore étayer le système contre lequel nous nous élevons, ne sont pas plus décisifs que le précédent. Le

fidéjusseur pouvait ignorer la condition du mineur qu'il cautionnait, et dans cette hypothèse, la solution donnée par ces auteurs était logique, elle ne le serait plus dans le cas contraire.

Enfin, nous pouvons citer un passage de Paul et une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, qui justifient pleinement la solution que nous adoptons et qui nous paraissent devoir lever tous les doutes. Parmi les exceptions communes au débiteur principal et aux fidéjusseurs, le jurisconsulte Paul indique l'*in integrum restitutio*.

Le fidéjusseur a-t-il ignoré la minorité du débiteur, ou ce qui revient au même, s'est-il engagé autrement que *contemplatione juris prætorii*, il participe au bénéfice de la restitution ; au contraire, cette exception ne lui compètera pas, s'il s'est engagé connaissant la minorité du débiteur et par conséquent avec l'intention évidente de garantir le créancier contre le risque de l'*in integrum restitutio : qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto concilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur* (1).

Pour nous résumer en quelques mots, nous pensons que, en règle générale, au point de vue actif l'*in integrum restitutio* est *in personam*, c'est-à-dire que le bénéfice n'en est pas ordinairement étendu aux coobligés; elle n'est *in rem*, étendue aux débiteurs accessoires, que dans quelques cas fort exceptionnels.

(1) Paul, *loc. cit.* 1, 9, § 6 ; — Dig. XLIV, 1, 7, § 1, fr. Paul; — Cod. II, 24, *de fidejussoribus minorum*, c. 2 ; — de Savigny, *op. citat.*, t. VII, § 335, p. 216 et 217 ; — Machelard, *Obligations naturelles*, 1re partie, § 2 et 4, p. 242 ; — Massol, *De l'obligation naturelle et morale*, ch. IV, section III, p. 142; — Accarias, *op. cit.* t. II, § 571 et note 1, p. 378.

Section II

CONTRE QUI EST INTENTÉE LA DEMANDE EN IN INTEGRUM RESTITUTIO

Le caractère personnel que nous avons reconnu dans la section précédente à l'*in integrum restitutio*, envisagée au point de vue actif, nous n'hésitons pas à le lui étendre, si nous la considérons au point de vue passif, c'est-à-dire à l'égard de ceux contre lesquels elle peut être intentée; nous concéderions seulement que les cas exceptionnels dans lesquels elle revêt un caractère réel sont ici plus nombreux.

Nous formulerons donc ainsi notre règle générale : l'*in integrum restitutio* ne peut être demandée que contre la personne avec qui on a traité, ou qui a directement profité de l'acte qui la motive. Mon absence a entraîné l'extinction à mon préjudice d'une action temporaire et par suite enrichi mon débiteur; une *error justus* m'a fait perdre le bénéfice d'une exception que j'aurais pu invoquer contre le créancier qui me poursuit; mineur, j'ai fait une aliénation qui a amoindri mon patrimoine, etc. Dans toutes ces hypothèses, évidemment, mon adversaire naturel sera ou mon débiteur libéré, ou mon créancier ou mon acquéreur. Il y a plus, la lésion que j'ai éprouvée a profité à plusieurs personnes, par exemple, à mon débiteur principal et aux débiteurs accessoires qui avaient garanti l'obligation, ou aux codébiteurs corréaux qui s'étaient engagés vis-à-vis de moi; il ne saurait être contesté que l'*in integrum restitutio* les atteindra tous, il n'y a pas là violation du principe que nous avons formulé; l'*in integrum restitutio* est et demeure *in personam*.

Mais nous l'avons fait entrevoir; il y aura des cas où la

restitution sera *in rem*, où elle pourra par suite être dirigée, non seulement contre les auteurs mêmes de la lésion ou ceux qui en auront profité, mais aussi contre les tiers qui ont acquis la chose que la victime du préjudice prétend faire rentrer dans son patrimoine. Nous pouvons ramener à quatre ces exceptions où le remède prétorien sera accordé *in rem*, contre le sous-acquéreur qui n'a ni traité avec le demandeur, ni recueilli le bénéfice immédiat de l'acte.

1° L'*in integrum restitutio* se fonde sur la violence; elle sera, dans ce cas, *in rem*, parce que l'*actio quod metus causa* présente elle-même ce caractère (1). Ulpien nous explique pourquoi l'*in integrum restitutio per metum* peut atteindre jusqu'aux tiers acquéreurs de bonne foi; c'est que la victime, dans le trouble de la violence et de la crainte, peut en ignorer l'auteur : *metus habet in se ignorantiam* (2). D'ailleurs une constitution de Gordien, au Code, consacre formellement cette exception (3).

2° L'*in integrum restitutio* est basée sur l'absence. Deux textes confirment cette seconde dérogation à notre principe général, que l'on peut, peut être, justifier par cette considération que l'absence *Reipublicæ causa* était regardée comme un obstacle absolu à ce que ceux que leurs fonctions appelaient au loin pussent veiller à la conservation de leurs droits, une sorte d'impossibilité d'ordre public dont personne ne pouvait profiter sciemment ou involontairement (4).

3° Le tiers débiteur est de mauvaise foi. Cette exception est dans la nature même des choses; la connaissance

(1) Paul, *loc. cit.* I, 7 § 4.
(2) Dig. IV, 2, 14 § 3 fr. Ulp.
(3) Cod. II, 20, c. 3.
(4) Dig. IV, 6, 17 præm. fr. Ulp.; 30 § 1, fr. Paul.

que le tiers détenteur a du vice qui entache la propriété de celui avec lequel il a traité ou duquel il tient la chose le rend inexcusable ; il demeure soumis à la restitution, car il ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. On comprend que cette exception ne soit pas étendue aux tiers détenteurs de bonne foi ; il ne faut pas, en effet, dans l'intérêt général de la société que la propriété soit trop longtemps incertaine, et d'ailleurs, ces acquéreurs n'ont rien à se reprocher et doivent être mieux traités que les possesseurs de mauvaise foi.

4° Le demandeur en restitution est un mineur et le défendeur à l'action est insolvable. Nous avons vu que dans ce cas le mineur peut poursuivre sa chose même entre les mains des tiers détenteurs de bonne foi qui obtiennent en compensation une *actio utilis de evictione* contre leur vendeur (1). Il y aurait encore lieu à la restitution contre les acheteurs de biens dépendant d'une hérédité, qui a fait de la part du mineur l'objet d'une répudiation contre laquelle il s'est fait restituer ; malgré l'opinion de Scévola, Justinien a, conformément à l'avis d'Ulpien, décidé qu'aucun recours ne serait accordé au mineur après la vente, *ne nullus aditus ei ad hereditatem reservetur* (2). Nous devons faire observer encore, en ce qui concerne le mineur, qu'une Constitution de Justinien lui a enlevé le droit d'exercer l'*in integrum restitutio* soit contre ses parents de l'un ou l'autre sexe, soit contre celui ou celle qui l'a affranchi parce que la poursuite, dans ce cas, lui semblait contraire à la *reverentia*,

(1) Dig. XXI, 2, *de evictionibus et duplæ stipulatione*, 39 fr. Julian.

(2) Dig. IV, 6, 17, fr. Ulp.; 4, 24, § 2, fr. Paul;—Cod. VI, 31, *de repudianda vel abstinenda hereditate*, c. 6.

dûe à ces personnes; il tranche par là une contraverse qui existait, sur ce point, avant lui (1).

Nous allons terminer cette section par l'étude de trois hypothèses spéciales au mineur de vingt-cinq ans, demandeur en restitution.

Deux mineurs ont contracté ensemble : l'un d'eux peut-il demander l'*in integrum restitutio* contre l'autre ? Pomponius répondait négativement; mais Ulpien se montre plus favorable aux intérêts du mineur, et il estime que le préteur doit intervenir et se guider pour trancher le débat sur l'équité et les circonstances (2). Que si les deux mineurs en présence cherchent à éviter une perte, la restitution ne pourrait être accordée au demandeur sans causer un préjudice à son adversaire; ce sera le cas d'appliquer le brocard : *in pari causa melior est prohibentis*. Cherchent-ils, au contraire, à réaliser un bénéfice : le préteur viendra au secours de celui qui justifiera qu'une perte le menace.

Le sénatus-consulte macédonien défendait les prêts d'argent aux fils de famille, et donnait à ceux-ci une exception péremptoire qui rendait inutiles pour le tiers prêteur les poursuites en remboursement. Au mépris de ce sénatusconsulte, un mineur prête une somme d'argent à un fils de famille; deux motifs ont amené le préteur à préférer ici le mineur et à paralyser contre lui les effets de l'exception tirée du Macédonien ; le premier c'est que l'inexpérience est plus digne d'égard que la prodigalité : *ut magis ætatis ratio quam senatusconsulti habeatur* (3); l'autre c'est que le mineur était réputé avoir agi

(1) Cod. II, 42, *qui et adversus quos in integrum restitui non possunt*, c. 2.

(2) Dig. IV, 4, 11, § 6, fr. Ulp.

(3) Dig. idem, 7.

sous l'influence d'une erreur de droit que l'on considérait comme excusable chez lui : *minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est* (1). Si le fils de famille emprunteur est lui-même mineur, le demandeur en restitution ne peut obtenir le remède prétorien que jusqu'à concurrence de son enrichissement.

Un autre sénatusconsulte, le sénatusconsulte Velléien, enleva aux femmes le droit de se porter caution d'une obligation contractée par un tiers; cependant une femme garantit une créance dans laquelle figure un incapable. Gaïus nous enseigne que dans cette hypothèse, il faut distinguer suivant que le débiteur pourra ou ne pourra pas remplir ses engagements. Dans le premier cas, il est insolvable, et la poursuite que le mineur dirigerait contre lui ne donnerait pas au créancier la réparation du préjudice qu'il subit : la femme ne peut alors invoquer l'*exceptio senatusconsulti velleiani*, et doit indemniser le mineur. L'incapacité de ce premier est, en effet, réelle, naturelle, tandis que l'inexpérience de la femme majeure est une pure fiction créée par la loi pour lui donner une position inégale à celle des hommes. Mais si le débiteur principal est solvable, la femme est protégée par le sénatusconsulte, et le mineur n'a rien à lui demander (2).

Section III

DU DÉLAI DANS LEQUEL LA DEMANDE EN IN INTEGRUM RESTITUTIO DOIT ÊTRE INTENTÉE

Dans le droit classique la demande en *in integrum restitutio* doit être formée dans une année utile qui commence à courir du jour où l'inaction de la partie lésée

(1) Idem, XXII, 6, *de juris et facti ignorantia*, 9, præm, fr. Paul.

(2) Dig. IV, 4, 12, fr. Gaii.

peut être considérée comme une négligence; c'est assez dire que le point de départ de ce délai est pour le mineur soit le jour où la majorité de vingt-cinq ans lui est acquise, soit le jour de l'entérinement de la décision impériale qui lui accorde la *venia ætatis* (1) ; pour l'absent, le jour où il peut être poursuivi; pour celui qui fonde sa demande sur la crainte, le dol et l'erreur, le jour où la violence a cessé, où le dol et l'erreur ont été découverts. En ce qui concerne l'*in integrum restitutio per status permutationem*, elle opère de plein droit, en vertu d'une clause de l'édit. Celui au profit de qui milite l'*in integrum restitutio* meurt-il avant d'avoir exercé et perdu son droit, ses héritiers majeurs ou mineurs ont pour agir le temps qui lui restait à lui même au jour de son décès; mais tandis que pour l'héritier majeur le délai court du jour de l'adition, il est suspendu à l'égard de l'héritier mineur jusqu'à l'acquisition de la majorité, car son inaction est dans ce cas imputable à son inexpérience; déchu du droit de se faire restituer comme héritier, il serait nécessairement restitué comme mineur (2).

Nous avons dit que ce délai était d'une année utile; il suffit de se rappeler ce que les Romains entendaient par cette expression *annus utilis*, et la difficulté qu'il y avait à compter les jours où la demande aurait pu être formée pour se convaincre de la longueur de ce délai.

L'empereur Constantin, croyant apporter un remède complet au mal, fixa le délai de la demande en *in integrum restitutio per ætatem* de la manière suivante : cinq ans continus, à Rome et dans un rayon de cent milles

(1) Cod. II, 53, c. 5. Le mineur peut d'ailleurs agir même pendant la minorité (Cod. II, 22, c. 5 § 1.

(2) Dig. IV, 4, 19, fr. Ulp.; 39 præm. fr. Scævol.; Cod. II, 53, c. I, § 1 à 3.

autour de Rome *(Italia urbicaria)*; quatre ans continus dans le reste de l'Italie (*Italia annonaria)*; et trois ans continus pour les provinces (1).

Enfin Justinien, sous lequel, on le sait, toute distinction de territoire a disparu, fixa le délai de la demande en restitution à quatre ans continus, avec les points de départ et les causes de suspension admises dans l'ancien droit (2).

(1) Cod. Théodos. II, 16, *de in integrum restitutionibus*; Perezius, *in codicem ; de temporibus in integrum restitutionis*, n° 2.
(2) Cod. II, 53, c. 7.

CHAPITRE VII

DE LA PROCÉDURE DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO

Nous avons dit que la demande en *in integrum restitutio* formait un cas de *persecutio extra ordinem*, c'est-à-dire qu'elle constituait une matière exceptionnelle, qui ne rentrait pas dont la compétence des magistrats ordinaires, mais dont la connaissance était exclusivement réservée au préteur. Voyons donc comment on procédait devant lui.

Et d'abord la sentence que le magistrat est appelé à prononcer suppose nécessairement qu'un débat contradictoire a eu lieu devant lui, ou que le défendeur a été au moins invité par son adversaire à venir combattre ses prétentions : et en effet le plaignant doit *vocare in jus* celui contre lequel il veut faire prononcer la restitution, mais conformément aux règles de la procédure extraordinaire la *contumacia*, le défaut du défendeur ne saurait arrêter la marche de l'affaire, et le préteur, statuera en

l'absence du défaillant (1). Les commentateurs disent qu'il y a alors restitution *brevi manu*.

Mais supposons les deux parties présentes ; le demandeur expose les faits et administre les preuves qui sont à sa charge ; car le préteur ne peut permettre l'anéantissement d'un acte juridique sur les simples allégations de l'une des parties : *ei qui dicit incumbit onus probandi*. L'adversaire présente sa défense ; en principe, il n'a rien à prouver ; mais s'il veut établir que les allégations du demandeur sont fausses, il devient demandeur à l'exception et selon l'adage latin, *reus excipiendo fit actor*. Puis le préteur statue.

Toutes les restitutions en entier, nous dit Modestin, nécessitent un *cognitio causæ scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit* (2). Avant de se prononcer, le préteur examine les circonstances de la cause. Il est vrai qu'il se livrerait au même examen s'il avait à délivrer une simple formule, mais il a plus à faire quand il s'agit d'une *cognotio extraordinaria ;* il doit rechercher de quel côté est la vérité, et par conséquent, il est juge des prétentions des parties ; en matière d'*in integrum restitutio,* ce n'est pas tout ; le préteur peut ne pas accorder la restitution là où cependant l'édit l'autorise ; c'est qu'il se conforme surtout

(1) Dig. IV, 4, 13 fr. Ulp. — Pendant tout le cours de l'instance les choses restent dans l'état où elles se trouvent au moment de la *vocatio in jus* ; c'est assez dire que la demande en *in integrum restitutio* produit, tout comme l'appel, un effet suspensif. (Cod. II, 50, *in integrum restitutione postulata, ne quid novi fiat* ; idem, II, 4, *de transactionibus,* c. 32.

(2) Idem, IV, I, 3 fr. Modest ; — idem, 4, 11 § 3 fr. Ulp.; — Marcell ; — 44, fr. Ulp. ; 47, *præm,* fr. Scævol ; — idem, XII, 2, 9 § 4 fr. Ulp. ; — Cod. 1, 2, *de officio prætorum ;* — idem, II, 33, *si adversus solutionem a tutore vel a se factam,* c. I et *passim*.

à l'équité, et dans certains cas la restitution en entier, quoique fondée sur une juste cause, peut être moins équitable que le *statu quo,* que le maintien des choses dans l'état actuel ; voilà pourquoi nous avons trouvé le préteur investi d'une liberté complète d'appréciation.

La cause, une fois entendue, le préteur prononce. S'il rejette la prétention du demandeur et refuse l'*in integrum restitutio*, celui-ci ne peut plus désormais solliciter le remède prétorien, à moins qu'il ne puisse étayer son action sur des moyens nouveaux. Dans tous les cas, la voie d'appel lui est ouverte conformément aux règles du droit commun (1). S'il estime que la demande est fondée, il accorde la restitution. Mais il peut se présenter de deux choses l'une : ou bien les parties sont à peu près d'accord sur les faits allégués, dans ce cas le préteur prononce sur le champ son décret, qui contient la restitution et en même temps les conséquences qui doivent en résulter ; ou bien le magistrat ne se trouve pas suffisamment éclairé par les explications qui lui ont été fournies, et alors il n'accorde qu'une restitution conditionnelle et délègue un magistrat chargé de faire une enquête sur les points qui sont restés obscurs ; le résultat de cette enquête décidera du sort définitif de la demande en *in integrum restitutio*. Dans le premier cas, suivant les auteurs modernes, il y avait *rescindens* et dans le second *judicium rescissorium* (2).

Une application de cette restitution conditionnelle se présentait dans le cas suivant : le défendeur en restitution prétend détenir l'objet revendiqué, en vertu d'un titre

(1) Paul, *loc. cit.* I, 7, § 3 ; — Cod. II, 44, *si sæpius in integrum restitutio postuletur*, c. 1, 2 et 3.

(2) Dig. IV, 4, 13 § 1, fr. Ulp.; idem XXI, 2, 39 fr. Juliam.

autre que celui indiqué par le demandeur ; le préteur n'étant pas juge de la validité du titre, examine l'affaire, et délivre une formule aux parties qui ont à faire vider l'incident devant le magistrat ordinaire (1),

Il est à peine besoin de dire que la demande en *in integrum restitutio* pouvait se produire par voie d'exception à une poursuite et qu'elle s'éteint par les mêmes causes que tout autre droit à une action ; le désistement, la ratification expresse ou tacite, pourvu qu'ils émanent d'une personne capable et majeure, l'expiration des délais ferment l'accès du remède prétorien (2).

La procédure de l'*in integrum restitutio*, telle que nous venons de l'exposer, ne put survivre à la procédure formulaire. Sous la domination impériale, le préteur a perdu de son influence ; l'*ordo judicium* est aboli, la séparation des fonctions de préteur et de magistrat disparaît, et une constitution de Justinien accorde à tous les magistrats le droit d'accorder l'*in integrum restitutio*, qui ne tarde pas à devenir un moyen de droit ordinaire, la jurisprudence en ayant développé et fixé peu à peu les règles (3).

Nota. — Nous avons vu que le préteur saisi d'une demande en restitution, pouvait statuer de deux manières différentes. Quand il avait à faire revenir aux mains du demandeur une chose corporelle qui en était sortie par suite de l'acte attaqué, et que la cause ne présentait pas d'ailleurs de contestations étrangères à sa compétence, il terminait lui-même le débat par son décret, en ordonnant au défendeur de rendre à son adversaire l'objet que celui-ci

(1) Keller, *Traité des actions*, p. 370.

(2) Dig. IV, 4, 30 fr. Papin.

(3) Cod. II, 47, *ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit* ; — de Savigny, *op. cit.* t. VII, p. 116 à 118 ; — Maynz, *op. cit.* t. I, § 138 p. 489.

réclamait ; et comme ce décret était un véritable jugement, le magistrat avait en son pouvoir de forcer la partie qui succombait, à l'exécuter. Mais ce procédé, tout naturel et essentiellement pratique dans l'hypothèse que nous venons de faire, devait se comprendre moins quand le préteur avait à restituer une partie contre la perte d'une action ; aussi, en faisant revivre le droit perdu, le magistrat donnait, dans ce cas, au gagnant une action qui permettait à ce dernier de poursuivre en justice l'exécution de l'obligation ; c'était là une action qu'on qualifiait de rescisoire ou de restitutoire, et qui était fictice, puisqu'elle supposait non avenu l'acte qui avait entraîné l'extinction du droit. Ainsi sous l'empire de la crainte une personne a consenti une *acceptilatio* à son débiteur ; elle a donc perdu son droit de poursuite en paiement ; que si le préteur la restitue contre cet acte, alors surtout que sa créance n'est pas encore exigible, il donne au créancier une action qui n'existait plus et qui lui permettra, à l'échéance, d'exiger le remboursement de ce qui lui est dû. Peut-être même était-ce là le seul moyen mis en œuvre à l'origine par le préteur ; car l'édit qui consacre l'*in integrum restitutio per absentiam*, ne promet que la résurrection des actions éteintes. Mais le magistrat pouvait procéder de cette manière, s'il s'agissait de restituer le demandeur contre la perte d'une chose ; il avait une liberté complète d'option entre ces deux modes de procéder ; il est supposable qu'au lieu de terminer lui-même définitivement le débat, il avait recours à la délivrance d'une action fictice, toutes les fois qu'il prononçait une restitution conditionnelle, comme nous l'avons vu ci-dessus. Ces actions rescisoires sont fort nombreuses dans la jurisprudence romaine. Sans entrer dans leur

étude, ni même dans leur énumération, qui nous entraîneraient au-delà des limites de cette étude, nous croyons opportun d'en retenir une seule, l'action rescisoire de l'usucapion, parce qu'elle donne lieu à une difficulté que nous nous proposons d'exposer.

On sait que le préteur Publicius, probablement contemporain de Cicéron, avait imaginé une action qui, considérant comme accomplie une usucapion qui ne l'était pas, donnait au demandeur le droit de revendiquer la chose dont il avait perdu la possession ; c'était la publicienne (1).

A l'inverse de cette fiction, le préteur tenant quelquefois pour non avenue une usucapion consommée, la rescindait, pour rendre au propriétaire dépossédé l'action que cette usucapion lui avait fait perdre ; c'est ce qui arrivait au cas d'*in integrum restitutio per absentiam*, si l'usucapion s'était accomplie au préjudice d'une personne empêchée pour cause légitime de l'interrompre ou au profit d'un d'absent contre lequel on ne pouvait agir en justice.

Des commentateurs ont voulu voir dans cette action une action spéciale, une sorte de publicienne *sui generis*, comme cette dernière, dont on la distinguait en la qualifiant de publicienne rescisoire ou contre-publicienne, en s'appuyant sur deux textes de la jurisprudence romaine(2). Nous pensons qu'en individualisant ainsi cette action rescisoire, les commentateurs ont commis une erreur que nous allons essayer de réfuter. Si nous envisageons atten-

(1) Instit. IV, 6, § 4.

(2) Dig. XVIII, 1, *mandati vel contra*, 57 fr. Papin. — Idem, XLIV, 7, *de obligationibus et actionibus*, 35. fr. Paul. Dans ces deux textes, il est question de la publicienne *quæ rescissâ usucapione redditur*.

tivement la position de droit, dans le cas qui nous occupe, nous voyons que le préteur pouvait opérer de deux manières l'*in integrum restitutio* contre l'usucapion accomplie : soit par le moyen d'une exception, quand le propriétaire ou le possesseur contre lequel l'usucapion est acquise recouvre la possession, et est ensuite actionné en revendication par celui qui a usucapé (1) ; soit par voie d'action. Mais ici deux hypothèses peuvent se présenter : ou bien le demandeur était *in causa usucapiendi* avant l'usucapion accomplie à son préjudice, il pourra intenter l'action publicienne, et si son adversaire lui oppose l'*exceptio justi dominii*, l'*in integrum restitutio* paralysera cette exception,en rescindant l'usucapion accomplie (2) ; ou bien le demandeur, propriétaire d'une chose, en est dépouillé par une usucapion consommée à la faveur de son absence ; dans ce cas, il ne peut agir en revendication, puisqu'il a cessé d'être propriétaire ; mais le magistrat en le restituant contre cette usucapion lui rend l'exercice de cette action en revendication. Il est donc facile de conclure de là que l'action donnée par le préteur au dépouillé repose sur la rescision préalable de l'usucapion acquise à son adversaire, et quelle sera ou la publicienne ou l'action en revendication, selon les circonstances. Ce sera donc ou la publicienne rescisoire ou la revendication rescisoire, toutes les deux fictices, puisqu'elles seront délivrées sur cette fiction que l'usucapion accomplie n'a jamais été acquise, il n'y a donc point là d'action rescisoire avec une existence propre, distincte, et par suite il est inexact de prétendre que le préteur Publicius aurait créé une fiction

(1) Dig. 4, 6, 28, § 5 fr. Ulp.
(2) Idem, 17, 1, 57 fr. Papin.

diamétralement opposée à celle de la publicienne, pour organiser une deuxième action publicienne essentiellement différente de la première (1).

(1) Maynz, *op. cit.* t. I, § 160 n. 38 g. § 208, Observation ; — Ortolan, *op. cit.* t. VII, p. 193 et s.; — Accarias, *op. cit.* t. II, § 948, p. 1333.

CHAPITRE VIII

DES EFFETS DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO

Le but que se propose le préteur, en accordant le bénéfice de l'*in integrum restitutio*, est de rendre indemne celui qu'un dommage est venu frapper dans les conditions que nous avons précédemment déterminées ; il n'est pas douteux que l'acte attaqué, valable d'après le droit civil, ne put jamais être annulé, dans le sens propre du mot, par le décret du magistrat ; son pouvoir n'allait pas jusque là ; mais ce qu'il fait, ce qu'il pouvait faire, c'était arrêter les conséquences de cet acte ou revenir sur les effets qu'il avait produits, de telle sorte que les deux parties se retrouvent placées réciproquement dans la situation qu'elles avaient auparavant. Mais cette règle, appliquée à la lettre, eût amené des résultats iniques dans certaines hypothèses ; l'intérêt général ne pouvait pas être sacrifié aux intérêts d'un seul particulier, et le remède dut être proportionné au mal. Aussi, avons-nous, dès maintenant, une distinction à faire, si nous voulons nous rendre un compte bien exact des effets de l'*in integrum restitutio*. Il nous faut les envisager à l'égard des seules parties contractantes, et puis à l'égard des tiers qui ont

acquis des droits, postérieurement à l'acte contre lequel on implore l'intervention du préteur.

§ I. — *Effets entre les parties contractantes.*

Entre les parties contractantes, le principe que nous avons énoncé plus haut reçoit une application des plus rigoureuses, quelles que puissent être les conséquences. Chacune d'elles est replacée dans l'état où elle se trouvait avant la passation de l'acte attaqué, qui est considéré comme n'existant point ; *restitutio ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat* (1).

Le restitué peut donc réclamer tout ce qu'il a perdu ; le droit qui était sorti de son patrimoine y rentre, mais tel qu'il se trouvait au moment où s'est produit le motif de restitution, car cette dernière lui est donnée pour le soustraire à une lésion, et non pour lui procurer un enrichissement. De cette première conséquence, une seconde découle tout naturellement ; c'est que le défendeur est lui-même replacé dans l'état où il était jadis, et que par conséquent le demandeur lui doit compte de tout ce dont l'acte attaqué a augmenté sa fortune. Quelques exemples tirés des textes vont nous faire mieux comprendre ces effets de l'*in integrum restitutio*. Et d'abord le restitué peut réclamer tout ce qu'il a perdu : ainsi, ce ne sera pas seulement le droit, ce n'est pas seulement la chose qui rentreront dans son patrimoine, ce seront aussi tous les avantages que cette chose, que ce droit lui auraient procurés. Supposons une vente consommée ; est-ce le ven-

(1) Dig. IV, 4, 24 § 4 fr. Paul.

deur qui demande et obtient la restitution : il recouvrera non-seulement l'objet qu'il avait livré, mais aussi tous les fruits produits entre les mains de l'acquéreur; est-ce ce dernier qui a été restitué, il sera remboursé de son prix en capital et intérêts (1). Par sa captivité à l'ennemi, un usufruitier a vu s'éteindre son droit ; puis le préteur fait revivre ce droit par l'octroi de son institution, l'usufruitier pourra exiger les fruits qui ont été perçus jusqu'au jour de la restitution (2).

Mais nous avons ajouté que le droit ne revit sur la tête du restitué que dans l'état où il se trouve au jour où la cause de restitution s'est produite, car c'est à compter de ce moment seulement que l'intervention du préteur à son profit se justifie ; jusque-là il était dans le droit commun. Ainsi, des fêtes extraordinaires sont ordonnées à l'occasion d'un triomphe public ou en l'honneur de l'empereur ; pendant ce temps, le cours de la justice a été interrompu, de sorte qu'une personne n'a pu agir en revendication pour interrompre l'usucation d'un tiers, qui possédait son immeuble et dont la possession s'est précisément achevée pendant cette période de réjouissances ; elle a perdu son droit, et comme il y a juste motif de restitution, le préteur rend au propriétaire son action en revendication, mais telle qu'elle figurait dans son patrimoine au moment où les fêtes ont commencé ; ce qui revient à dire qu'elle ne la recouvre que pour le nombre de jours que les fêtes lui ont enlevé (3). De même, possesseur de votre chose, je m'absente, *Reipublicæ causa*, la veille du jour où l'usucapion va m'être acquise; vous ne pouvez plus interrompre cette usucapion

(1) Idem.
(2) Idem, 6, 23 § 2 fr. Ulp.
(3) Idem., 6, 26 § 7 fr. Ulp.

par une action en justice ; le préteur vous restituera contre elle, mais *restitutio adversus me unius diei facienda est*, vous n'aurez qu'un seul jour pour agir en revendication (1).

Nous avons dit également que celui qui a obtenu la restitution doit rendre, de son côté, tout ce qu'il a gagné par suite de l'acte rescindé, car la restitution est pour ainsi dire réciproque, puisqu'elle constitue pour celui qui en est favorisé, non un moyen de réaliser un bénéfice, mais une voie de droit pour échapper à une perte ; c'est ce que nous enseigne clairement Antonin, dans une constitution au Code (2). Il y a plus même, il devra tenir compte à son adversaire de tous les actes de gestion que celui-ci aura loyalement faits. Voilà pourquoi le vendeur ou l'acheteur restitués contre l'*emptio venditio* doivent rendre: le premier, le prix; le second, la chose (3). Voilà pourencore celui qui s'est fait restituer contre une répudiation d'hérédité ou de legs doit exécuter tous les fidéicommis dont la succession ou le legs sont grevés (4); nous ferons observer que, dans cette hypothèse, la restitution ne confère point à celui au profit de qui elle est prononcée, la qualité d'héritier, si la succession avait été acceptée par un autre, car ce dernier seul est héritier, *semel heres semper heres* ; seulement le restitué obtient des actions utiles à l'aide desquelles il se fait donner tous les biens de l'hérédité. De même celui qui a été restitué contre

(1) Idem, § 8.

(2) Cod. II, 48, de *reputationibus et quæ fiunt in judicio in integrum restitutionis*, præm.

(3) Idem; — Paul, *loc. cit.* I, 9, de *minoribus* XXV *annorum*, § 7.

(4) Dig. IV, 6, 41, fr. Julian.

une adition d'hérédité doit rendre tout ce qu'il a recueilli dans la succession (1). Ce qui nous montre, d'ailleurs, jusqu'à l'évidence que le défendeur doit être, lui aussi, replacé dans la situation où il était avant la naissance de la cause de la restitution, c'est que les jurisconsultes consacrent, au profit du sous-acquéreur d'un immeuble, qu'il est obligé par suite d'une *in integrum restitutio* de rendre au premier aliénateur, le droit de se faire restituer contre son vendeur pour l'actionner en garantie (2). La même solution s'appliquerait au cas où l'*in integrum restitutio* aurait été prononcée contre une *expromissio* (3).

Ici nous devons faire une remarque à propos de l'*in integrum restitutio per ætatem*. Si le mineur qui se fait restituer doit rendre au tiers tout ce qu'il en a reçu, ce n'est, conformément aux principes généraux de la minorité, que jusqu'à concurrence de son enrichissement. Sollicite-t-il la restitution contre une vente, contre un *mutuum* : il devra restituer la somme d'argent tout entière, s'il l'a encore aux mains; s'il l'a dissipée, il doit justifier qu'il en a fait un emploi dont il n'a fait aucun avantage, sauf au défendeur à établir que loin de se trouver en perte, le mineur a réalisé des bénéfices (4).

(1) Idem, 4, 7, § 5, fr. Ulp. — Voir encore : idem, 22 fr. Ulp. — 24, §§ 2 et 4, fr. Paul 31, fr. Papin ; 39, § 1, fr. Scævol. ; — 40, § 1, fr. Ulp. ; 50, fr. Pompon. ; — Cod. II, 32, *si adversus transactionem vel divisionem in integrum minor restitui velit*, c. 1.

(2) Dig. IV, 4, 15, fr. Gaii ; — idem, XXII, 2, 39, præm. fr. Julian. ; — 66, § 1, fr. Papin.

(3) Cod. II, 48, c. 1, § 4.

(4) Dig. IV, 4, 27 § 1, fr. Gaii.; 47 § 1 fr. Scævol.

§ 2. — EFFETS CONTRE LES TIERS

Nous avons examiné cette question quand nous avons recherché quelles étaient les personnes contre lesquelles la restitution doit être donnée. Nous rappellerons seulement que nous avons posé ce principe : contre les tiers ayant contracté avec une personne qui a traité avec le demandeur en restitution, le remède prétorien ne peut produire aucun effet : *res inter alios acta vel judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.* Mais nous avons immédiatement après signalé plusieurs exceptions à cette règle générale. Nous renvoyons donc à la section II de notre chapitre VI.

DROIT FRANÇAIS.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

DROIT ANCIEN.

Nous avons vu, dans l'étude que nous venons de faire de la Restitution en entier, que le Droit romain distinguait entre les actes nuls de plein droit, *ipso jure*, et les actes simplement annulables : les premiers étaient les actes prohibés par le Droit civil ou qui ne remplissaient pas les conditions de validité exigées par lui, ils étaient ainsi entachés de nullités dont on pouvait toujours se prévaloir; les seconds étaient des actes valables, d'après le Droit civil, mais infectés d'un vice, tel que la violence, le dol, l'erreur, la minorité, etc., qui engendraient le droit de solliciter du préteur le bénéfice de l'*in integrum restitutio*, dont nous connaissons et la procédure et les effets.

Cette distinction a passé dans notre ancien droit, sans cependant qu'elle apparaisse bien clairement, bien nettement définie avant l'Ordonnance de 1510. Jusqu'à cette époque, en effet, les règles étaient les mêmes pour ces

deux sortes d'actions, et il n'est question dans les coutumiers que de l'action et de l'exception de nullité. Mais là les règles n'étaient plus les mêmes : l'action et l'exception avaient chacune les leurs.

Lorsque la convention formée sous l'empire du dol ou tricherie, de la violence, de l'erreur avait été exécutée, on la disait parfaite et la partie dont le consentement avait été affecté de l'un de ces vices, pouvait, par voie d'action, se faire remettre en possession de l'objet qu'elle avait livré ; mais cette action devait être intentée dans l'an et jour. Une telle convention était-elle au contraire restée sans exécution ; c'est par voie d'exception aux poursuites du créancier que la victime pouvait faire prévaloir l'imperfection dont le contrat était atteint et l'exercice de cette exception n'était limité par aucun délai ; *ès autres qui ne sont parfaites*, dit le coutumier d'Artois, *peut-on bien dire que on n'i est mie tenu de respondre* (1). La même théorie était admise en faveur du mineur pour les actes par lui faits pendant la minorité, et le délai d'un an et jour qui lui était accordé pour les attaquer courait du jour où il avait atteint sa majorité (2).

Dans son ouvrage, *les Institutes*, Loisel semble prétendre que, d'après Pierre de Fontaines, *barres ou exceptions de force, de peur, de tricheries ne duraient qu'un an, par l'ancien usage de France* (3) ; mais c'est évidemment là une erreur, car dans le passage du conseil de de Fontaines, cet auteur ne parle que de l'action en nullité, et lorsqu'il traite de l'exception, il ne dit nullement qu'elle doive être opposée dans un délai déterminé (4).

(1) De Fontaines, *Conseils à un ami*, XV, chap. 51, 52, 69 et 70 ; — Beaumanoir, *Coutumes du Beauvoisis*, chap. 34, n° 29.

(2) De Fontaines, chap. 14 ; — Beaumanoir, chap. 16.

(3) Loisel, *Institutes*, V, 3, règle 4.

(4) De Fontaines, chap. 15, n^{os} 52, 71 et 72 ; — Beaumanoir, chap. 34, n° 29.

A cette époque donc, il n'est point encore question d'action en rescision, et nous ne voyons point encore apparaître dans les coutumes, la théorie de la restitution en entier, admise dans les pays de droit écrit où dominait encore la législation romaine. Mais peu à peu la renaissance des études de Droit romain vient battre en brèche le droit coutumier et féodal, et les règles d'équité, que le préteur avait introduites sous l'influence de la civilisation, se glissent insensiblement dans la législation du moyen-âge. Puis à partir du XVI^e^ siècle, une règle générale est formulée, qui va donner naissance aux lettres de rescision : *voies de nullité n'ont point de lieu en France.* A ce moment, le droit a une triple source : la législation romaine, la coutume et les ordonnances, et cette division tripartite amène une classification correspondante dans les nullités. Dans la première classe on fait rentrer les nullités prononcées par le Droit romain, et que notre législation ne veut point reconnaître; dans la seconde, celles édictées par les coutumes et dans les troisièmes, celles résultant des ordonnances ; et tandis que les conventions nulles en vertu d'une disposition contenue dans une ordonnance ou dans une coutume ouvriront la voie à une véritable action en nullité, la convention nulle en vertu d'une disposition du Droit romain ne donnera naissance qu'à une action en rescision, qu'on ne pourra introduire, sans avoir au préalable obtenu du Roi une autorisation spéciale, une lettre de rescision ; de là est née cette règle que nous énoncions plus haut : *voies de nullité n'ont point de lieu en France.* Elle signifie que le Droit romain n'a point en France une autorité assez absolue pour *opérer la nullité des choses qu'il prescrit*, et que s'il

s'agit d'une action en rescision procédant d'une origine romaine, il est indispensable pour se présenter devant le juge compétent d'obtenir des lettres de rescision du roi; mais quand il est question de nullités déclarées par les ordonnances et les coutumes, *les voies ou exceptions de nullité ont lieu sans lettres du prince* (1).

Mais comment expliquer cette distinction que notre ancien droit avait créé entre les actions en nullité et les actions en rescision? la justification la plus plausible est celle qui s'appuie sur cette double considération que les légistes du XVI^e^ siècle y recoururent pour étendre de plus en plus le pouvoir royal et pour donner au fisc une source de revenus. *Novimus hunc morem invectum fuisse in argumentum primarii, merimajorisque imperii regum nostrorum, qui si quid ipso jure Romano irritum fiat, non aliter pro nullo esse inter suæ ditionis homines voluerunt nisi beneficio impetrati a se rescripti* (2).

Mais nos anciens praticiens ont fondé sur une autre idée l'introduction des lettres de rescision, et c'est Guy Coquille, dans son Institution de droit français, qui nous enseigne qu'elle procédait, d'après l'opinion alors reçue, de la différence d'origine des deux législations qui régissaient la France. « On a mis entre droits royaux les resti-
» tutions en entier fondées sur minorité, dol, crainte ou
» force, à cause du Velléien ou à cause de juste erreur,
» ou pour promesse faite indûment et sans cause ou pour
» déception d'autre moitié du juste prix, jaçoit que les
» lettres soient de justice, sans grâce donn le remède par

(1) Lorry, *sur le traité des domaines de Lefèvre.* — Lapl nche II, chap. VII; — de Laurière, *Institutes coutumières* de Loisel V, 2, règle 5.

(2) Mornac, *Sur la loi 21 au Digeste*, IV, *quod metus causa.*

» raison deut estre demandé devant le juge ordinaire, » selon son office de juridiction. Mais je crois que l'in- » troduction de tel droit est fondée sur ce que les remè- » des des restitutions dépendent du droit civil des » Romains, qui n'a force de loy en France et pour autho- » riser et faire valoir l'allégation qui s'en faist, on a » recours à la chancellerie du Roy pour obtenir lettres. » Car en France nous n'observons pas les loys romaines » pour vraies loys, pour ce qui est. Quand les privilèges » des universités sont vérifiés en Parlement, on y met la » modification sans reconnaître que ledit droit romain » ayt force de loy en France. Ce qui n'est requis pour » faire rescinder ou déclarer nuls les contrats ou disposi- » tions, qui sont interdites par les coutumes ou constitu- » tions de nos Roys, qui sont notre droit civil; esquels » cas le seul office du juge suffit comme en obligation de » femme mariée non authorisée, en donation faite à tu- » teur, etc. » (1). L'opinion de Guy Coquille est évidem- ment erronée, car s'il était absolument vrai que le droit romain n'eût aucune force en France, il en aurait fallu conclure que les juges auraient eu besoin de lettres de chancellerie pour annuler un testament d'après les règles du droit romain ou pour se conformer dans leur déci- sions, à un point quelconque de ce droit; plus même, on attribue ainsi à une formalité toute fiscale plus d'effet qu'à la permission expresse et générale que donne le roi d'enseigner dans les écoles et de suivre dans les tribunaux les principes et les décisions des législateurs de Rome (2).

(1) Guy Coquille, *Institution au droit français* p. 6; — Argou, *Institution au droit français*, II, p. 480; — Imbert, *Enchiri- dion, verbo Contractus*.

(2) Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, VIII, *verbo Nullité*, § 111, p. 674.

Enfin quelques praticiens confondant les actes nuls avec les actes sujets à rescision ont pensé qu'aucune nullité de droit ne pouvait être prononcée sans un commandement exprès du souverain, puisque l'usage est de prendre des lettres du roi pour faire rescinder un acte entaché de dol, de crainte ou de lésion, ce qui à Rome donnait lieu à la restitution du préteur (1) : *contractus etsi nullius momenti fuerit, debet tamen, principis rescripto rescindi vel nullus declarari; quoniam moribus nostris nullus non potest dici contractus ipso jure.*

Il résulte de tout ce qui précède qu'à compter du XVI^e^ siècle environ, la distinction était nettement tranchée entre les actions en nullité et les actions en rescision, et que malgré l'extension que les praticiens avaient apportée à la nécessité des lettres de rescision, elle dut être restreinte aux cas où il s'agissait d'une restitution dérivant du droit des Romains.

Il nous est maintenant facile de faire le parallèle entre ces deux grandes classes d'actions, et l'on ramène généralement à trois les différences qui les caractérisent.

I. — L'action en nullité dérive du droit français proprement dit, c'est-à-dire des ordonnances et de la coutume ou des lois municipales; l'action en rescision dérive du droit romain, et a lieu toutes les fois qu'il y aurait eu dans cette dernière législation, ouverture de la restitution en entier. Ainsi, il y avait nullité d'ordonnance ou de coutume, et par conséquent action en nullité, lorsque la femme mariée avait contracté une obligation sans autorisation maritale, ou qu'un pupille avait fait une donation à son tuteur, ou lorsque un père avait fait un avantage à l'un de ses enfants au préjudice des autres sur ses pro-

(1) Imbert, op. cit. *eodem verbo.*

pres, ou encore quand un contrat était entaché d'usure (1), ou manquait d'une des formalités matérielles exigées par sa validité : comme une donation sous seings privés, ou en brevet, ou notariée et en minute, mais non insinuée (2).

Au contraire, il y avait nullité de droit, et par suite action en rescision ou en restitution, quand l'une des parties avait fait quelque acte dommageable pour elle, et qu'une juste cause lui permettait de faire rescinder cet acte, et de se faire remettre en l'état où elle était avant la passation de cet acte préjudiciable (3). Mineurs et majeurs peuvent être restitués, mais ce bénéfice est plus facilement accordé aux premiers qu'aux seconds; il est d'ailleurs intéressant de savoir qu'on appelait mineurs, ceux qui n'avaient point accompli leur vingt-cinquième année, sauf en Normandie où la majorité était parfaite à vingt ans accomplis; il fut, en effet, jugé en Artois et en Anjou, où un mineur de vingt-cinq ans est majeur à vingt ans, que le mineur de 25 ans peut être jusqu'à cet âge restitué pour lésion par lui soufferte (4); le mineur ne perdait pas le droit à être restitué quand il s'était dit majeur; notre jurisprudence s'écartait ici de la théorie romaine, et Pothier en donne le motif : « Nous ne suivons pas cette disposition de droit parce qu'elle ouvre » une voie d'éluder la restitution en entier. Ceux qui » contracteraient avec des mineurs feraient insérer dans » l'acte qu'ils se sont dits majeurs et diraient toujours

(1) Imbert, op. cit. *eodem verbo*; — Argou, op. cit. L IV, *ch.* 14.

(2) Ordonnance de février 1731, art. 1, 6, 7, 19 et 20.

(3) Pothier, *Traité de la Procédure civile, moyens de nullité et lettres de rescision*, II, p. 341.

(4) Journal des audiences, VI, arrêt du 13 juillet 1716.

» que le mineur les a trompés, quoique ce serait plutôt » un artifice pratiqué de leur part que de celle du mineur ; » c'est pourquoi dans notre jurisprudence, on n'a point » d'égard à la fausse énonciation de majorité pour écarter » les mineurs de la Restitution ; c'est à celui qui contracte » avec un mineur de s'informer de son âge, à moins que » le mineur n'ait rapporté et supposé un faux acte de » baptême. » Les mineurs sont d'ailleurs restituables, soit qu'ils aient passé l'acte attaqué depuis leur émancipation, ou avec l'autorisation du tuteur, soit qu'il s'agisse d'un acte qui leur occasionne une diminution de patrimoine, ou ne les prive que d'un avantage.

En ce qui concerne les majeurs, ils sont restituables pour cause de dol, de violence ou de crainte, d'erreur et de lésion. Nous n'avons rien de particulier à dire sur les trois premières de ces causes, si ce n'est que la violence doit s'entendre de « toute pression illicite qui porte une » personne contre son gré, par la crainte de quelque mal » considérable à donner son consentement » le dol de « tout artifice employé pour tromper quelqu'un » et l'erreur de toute croyance contraire à la vérité, mais seulement sur la nature de la convention et sur la qualité de l'objet. Mais pour ce qui est de la lésion, quelques détails nous semblent opportuns. Pour donner ouverture à l'action en rescision, la lésion doit être considérable, car si, en équité, toute personne qui éprouve un préjudice, même minime, devrait être indemnisée de la perte qu'elle subit, l'intérêt des transactions et du commerce exige que la loi consacre le maintien de tout acte qui, sans fournir à celui qui le passe, l'équivalent des obligations qu'il contracte, n'apporte point cependant dans son patrimoine un changement dont le résultat soit la ruine ou un appauvrissement considérable. Aussi, notre ancien droit n'accordait-il

la restitution au cas de vente que si le vendeur avait aliéné sa chose pour moins de la moitié du juste prix ; mais en matière de partage, dont l'égalité doit être l'âme, nous dit Pothier (1), l'action en restitution est donnée à celui des copartageants qui a été lésé du tiers aux trois quarts, « c'est-» à-dire s'il s'en faut non pas à la vérité du tiers mais de » plus du quart qu'il n'aurait dû avoir par le partage » selon l'exacte équité ». Mais on ne l'accorde ni contre les contrats aléatoires ni contre les constitutions de rentes viagères ni contre les échanges ; car dans les premiers il est bien difficile, voire même impossible, de déterminer l'existence de la lésion, en raison de l'incertitude des risques ; dans les secondes, l'*incertum vitæ* rend la même constatation irréalisable ; et enfin, dans les troisièmes, on ne sait qui est vendeur, qui est acheteur, et jamais l'acheteur n'est restitué contre les acquisitions qu'il fait ; enfin, l'édit de Charles IX (1560) ne l'admettait point contre les transactions, ni l'article 448 de la Coutume d'Orléans, contre les ventes de meubles.

II. — L'action en nullité se porte directement devant les juges compétents pour en connaître ; l'action en rescision ne pouvait être portée devant eux qu'autant qu'on avait obtenu du roi des lettres de rescision. Nous n'avons point à nous occuper ici de la procédure ordinaire qui se déroulait sur l'action en nullité, ou même sur l'action en rescision, après l'obtention des lettres qui l'autorisaient, quelques détails seulement sur ce recours au souverain. Cette institution particulière à notre droit ancien fut créée, nous l'avons déjà dit, beaucoup plus dans l'intérêt du trésor public que dans l'intérêt des administrés. Le plaignant s'adressait à la Chancellerie pour obtenir l'autorisa-

(1) Pothier, *op. cit.* § V, de la lésion.

tion d'agir en justice, et la chancellerie, moyennant la perception d'un certain droit, délivrait cette autorisation sous forme de mandement, qui portait le nom de « lettres royaux, lettres de relièvement, lettres de rescision. » On les disait de « petit sceau », parce qu'au lieu d'être scellées par le chancelier, garde des sceaux, elles étaient expédiées par un maître de requêtes du Parlement et revêtues d'un cachet portant cette légende *sigillum parvum pro absentia magni*. Jamais, d'ailleurs, ces lettres n'étaient refusées, car celui qui les délivrait ne s'occupait pas de l'affaire, il se bornait à percevoir la somme qui était due par l'impétrant ; c'était donc une mesure fiscale déguisée, et c'était pour en assurer le revenu au trésor qu'on ne permettait pas d'agir directement devant le magistrat. Les lettres de rescision étaient sollicitées, soit au cours d'une instance, quand l'adversaire se prévalait d'un acte contre lequel on prétendait avoir un motif de restitution, soit en dehors de toute contestation, quand on voulait provoquer l'annulation d'un acte entaché d'un des vices que nous savons. Dans le premier cas, il fallait distinguer suivant que le juge saisi du litige était un juge royal ou un juge subalterne : si l'on plaidait devant un juge royal, les lettres étaient adressées à ce dernier et se terminaient en ces termes : « A ces causes, désirant subvenir à nos sujets » suivant l'exigence des cas, nous te mandons que s'il » t'appert de ce que dessus notamment, etc...., tu aies à » remettre les parties en tel et semblable état qu'elles » étaient auparavant le contrat d'un tel jour, que nous ne » voulons nuire ni préjudicier à l'exposant et dont en » tant que besoin est ou serait, nous l'avons relevé et » relevons par ces présentes. » Que si le débat s'agitait devant un juge subalterne, les lettres étaient adressées au premier huissier ou sergent royal sur ce requis, et le dis-

positif des lettres était suivi de cette formule: « A ces cau-
» ses, désirant subvenir à nos sujets suivant l'exigence des
» cas, nous te mandons de faire commandement de par
» Nous à tel juge.... que s'il lui appert, etc.... » Ces lettres une fois obtenues il fallait les faire entériner par le juge auxquel elles étaient adressées (1), et c'est alors seulement qu'apparaît le rôle de magistrat, autorisé, pour ainsi dire, à examiner la contestation. La partie, qui a obtenu les lettres, présente au juge une requête à fin d'entérinement, au bas de laquelle il met une ordonnance de « soient parties appelées »; lettres, requête et ordonnances ont ensuite signifiées par acte de procureur à procureur à celui qui a opposé l'acte attaqué, avec assignation à comparaître pour voir statuer sur le mérite de ces lettres.

Si les lettres ont été obtenues en dehors de toute contestation, elles s'adressent au juge royal du domicile de celui contre qui elles sont accordées, à moins que le demandeur n'ait le privilège de porter la cause devant un autre juge, et la procédure d'entérinement se poursuit comme nous venons de l'indiquer.

Alors le juge, tout comme le préteur romain, examinait les circonstances de l'affaire et ordonnait le maintien ou l'annulation du contrat, objet du litige.

Argou, dans son ouvrage déjà cité, nous apprend que la pratique avait admis un usage particulier, qu'il était prudent de suivre avant l'obtention des lettres, s'il s'agissait d'actes de violence que l'on voulait faire constater. La partie qui avait été l'objet de violence ou de menaces présentait soit avant, soit après l'acte qu'elle avait été

(1) Bourjon, *Droit commun de la France, de l'extinction des actions*, 1re partie, chap. V, section VI., 89.

contraint de passer, une requête au juge pour être autorisée à prouver les faits de violence ou les menaces ; mais si la victime n'était pas encore en état de faire cette preuve, elle faisait sagement de protester par écrit devant notaires ; puis elle cachetait cette protestation, faisait mettre la date dessus par les notaires, et la déposait en cet état « de crainte que les notaires ne refusent de les re-» cevoir quand elles sont faites contre des gens trop » puissants dont ils ne veulent pas s'attirer la haine (1). Ces protestations ne faisaient point preuve par elles-mêmes, mais elles facilitaient l'information, quand le moment était venu, et pouvaient avoir une grande force, lorsque d'autres présomptions venaient s'y joindre.

Avant de passer à l'examen de la troisième différence qui séparait l'action de nullité de l'action en rescision il nous semble intéressant, pour compléter en peu de mots cet historique de la restitution, d'indiquer les effets qu'elle produisait. L'entérinement a pour résultat de rescinder l'acte attaqué ; les parties sont donc remises en l'état où elles se trouvaient auparavant, c'est-à-dire qu'elles sont réciproquement dégagées des obligations qui les liaient puisqu'elles sont réputées n'avoir jamais contracté ; de même, s'il y a eu translation de propriété, la chose fait retour à son ancien maître, lequel est censé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire. Mais le bénéfice de la restitution, qui profitera aux co-débiteurs et aux cautions de l'impétrant si la rescision était fondée sur un vice réel de l'engagement comme la violence, l'erreur, le dol et la lésion, ne s'étendra pas à ces obligés accessoires, s'il a été octroyé au mineur. Ce dernier, lorsqu'il était restitué, n'avait à rendre que ce dont il s'était enrichi ; *quatenus*

(1) Argou, *op. cit.* II, liv. 4, chap. 14.

locupletior factus erat (1). Tous les anciens auteurs sont d'accord, au surplus, pour nous dire que les conséquences de la rescision étaient les mêmes que celles produites par l'*in integrum restitutio* (2).

III. — L'action en nullité dérivant des ordonnances ou de la coutume ne se prescrit que par le temps requis pour la prescription ordinaire, c'est-à-dire par trente ans; l'action en rescision, qui jusqu'en 1510 se prescrivait par trente ans aussi, est soumise par une ordonnance de Louis XII du mois de juillet 1510, article 46, à une prescription de dix ans; « et afin que les domaines et « proprietez des choses ne soient point incertaines et » sans sûreté ès mains des possesseurs d'icelles et que » la preuve des parties ne périsse ou soit rendue plus » difficile par le laps de temps, ès cas ci-après déclarés » nous avons ordonné et ordonnons que toutes décisions » de contrats, distracts ou autres actes quelconques, » fondées sur dol, fraude, circonvention, crainte, vio- » lence ou déception d'autre moitié du juste prix se pres- » criront dorrénavant, tant dans nos pays coutumiers » que de droit écrit par le laps de dix ans continuels à » compter du jour que les dits contrats, distracts ou » autres actes auront été faits et que la cause de crainte, » violence ou autre légitime empêchant de fait ou de droit » la poursuite des dites rescisions, cessera, nonobstant » statuts, coutumes ou autres usances quelconques à ce

(1) Pothier, *op. cit.*

(2) Denizart, *Décisions nouvelles*, verbo. Rescision, n° 1; — Bourjon *op. cit.*, 1re partie, section III, dissert. 3, § 4, n° 30. Il est enfin remarquable que l'obtention des lettres royaux était regardée comme fort peu importante. Bourjon nous enseigne, en effet, que l'exécution de l'acte attaqué n'était point provisoirement suspendu (*op. cit.* tit. VIII, ch. V, section 2, n° 8).

» contraires, auxquelles quant à ce, nous avons dérogé » et dérogeons de notre certaine science, pleine puis- » sance et authorité royale. »

Cette déclaration fut confirmée par François Ier dans deux ordonnances qui se succédèrent à quatre années d'intervalle. La première est datée d'Is-sur-Tille, en 1535, dont l'article 30 a presque reproduit l'article 46 de l'ordonnance de Louis XII (1). La seconde est relative aux mineurs, c'est celle de Villers Cotterets, du mois d'août 1539. La restitution devait à l'origine être demandée dans un délai assez bref et nous savons que le droit romain, à l'époque de Justinien, l'avait enfermée dans un délai de quatre ans. Dans notre ancien droit, on déclara d'abord que la demande devait être introduite dans l'année de la majorité, c'était la solution admise au XIIIe siècle : « Bien » se gart cil qui a esté sous aagié que il dedans l'an et » jouren soit plaintié, se il veut avoir retablissement. » (2) Au sixième siècle, on comprit que c'était là un délai beaucoup trop court, puisque le mineur se trouvait forclos, alors qu'il pouvait à peine reconnaître l'état de sa fortune; aussi l'article 134 de l'ordonnance de Villers Cotterets accorda aux mineurs lésés le délai de dix ans introduit en

(1) Et afin que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté en mains des possesseurs d'icelle, si largement qu'elles ont été ci-devant et que la preuve des parties ne périsse ou soit rendue difficile par le laps de temps, au cas ci-après déclaré, nous avons ordonné et ordonnons que les rescisions de contrats, cassations, annulations, distracts ou autres actes quelconques, fondés sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'autre moitié du juste prix, ou autre cause raisonnable, n'auront lieu qu'après dix ans, selon les ordonnances de nos prédécesseurs.

(2) Beaumanoir, *op. cit.* chap. XVI, — Loysel, *op. cit.* V, tit. III, règl. 4.

1510 : « Nous, voulant oster aucunes difficultez et diver-
» sitez d'opinions qui se trouvent par ci-devant sur le
» temps que se peuvent faire casser les contrats faits par
» les mineurs, ordonnons qu'après l'âge de trente-cinq
» ans parfaits et accomplis ne se pourra pour le regard
» du privilège ou faveur de minorité plutost déduire ne
» poursuivre la cassation desdits contrats, en demandant
» ou en défendant, par lettres de relièvement ou restitu-
» tion ou autrement, soit par voie de nullité (pour aliéna-
» tion des biens immeubles faite sans autorité de justice)
» ou pour lésion déception ou circonvention, sinon ainsi
» qu'en semblables contrats seront permis aux majeurs
» d'en faire poursuivre par relièvement ou autre voie de
» droit permis. » Cette parenthèse de l'article nous montre que le législateur confondit ici les actions en nullité et les actions en rescision. L'aliénation des immeubles sans suivre les formalités était déclarée nulle par les coutumes; c'est donc la prescription de trente ans qui seule aurait dû, conformément aux principes, rendre définitivement propriétaire le détenteur de l'immeuble. Mais des règlements postérieurs vinrent rétablir de ce chef les anciennes dispositions, et pour le cas qui nous occupe (l'aliénation d'immeubles sans formalités), la nullité radicale fut à nouveau proclamée, et put être demandée pendant trente ans (1).

La pleine majorité étant fixée à vingt-cinq ans, il en résultait que le délai de la rescision pour cause de minorité était le même pour les autres causes; cependant, dans les coutumes où la majorité était fixée à vingt ans, le délai

(1) Denizart, *op. cit. verbo restitution*, n° 20; cet auteur cite, à l'appui de son dire, Lacombe, *verbo restitution*, et un arrêt conforme du 4 février 1745.

pour demander la rescision n'était pas seulement de dix ans, mais de quinze ; c'est ainsi que d'après la coutume de Normandie « celui qui a contracté avant l'âge de vingt » ans accomplis peut en obtenir relèvement dans l'an » trente-cinquième de son âge. »

La loi des 7-11 septembre 1791 supprimait, par son article 20, les chancelleries établies près les cours supérieures et les présidaux, ensemble l'usage des lettres royaux qui s'y expédiaient ; en conséquence l'art. 21 décida qu'il suffira dans tous les cas où lesdites lettres étaient ci-devant nécessaires de se pourvoir par devant les juges compétents pour la connaissance immédiate du fond. Ainsi disparut en droit, comme avait, d'ailleurs, déjà disparu en fait, la différence de procédure que nous avons signalée entre l'action en nullité et l'action en rescision ; la différence des délais pendant lesquels on pouvait intenter l'une ou l'autre action continua à subsister, seulement le droit intermédiaire ayant fixé à vingt-un ans au lieu de vingt-cinq l'âge de la majorité, l'action en rescision ne fut plus permise après trente et un ans.

Dans son exposé des motifs à la séance du 7 pluviôse an XII, le Conseiller d'État Bigot-Préameneu s'exprima en ces termes : « Un changement important a été fait à l'an- » cien ordre de choses quant au délai pendant lequel cette » action (l'action en nullité ou en rescision) peut être » intentée. Lorsqu'il s'agissait d'annuler un contrat, ce » délai comprenait tout le temps pendant lequel le con- » trat pouvait être opposé, c'est-à-dire le long espace de » trente années à moins que la loi n'eût fixé un terme » moindre. Il est vrai que dans la plupart des cas où il » pouvait y avoir lieu à de pareilles actions on avait senti » la nécessité de ne pas laisser dans une aussi longue » incertitude le sort des contractants, et le délai avait été

» limité à dix ans. Le temps de dix ans a été regardé » comme le plus long délai dont une partie puisse avoir » besoin pour recourir à la justice. » De là est né notre article 1304, dans l'étude duquel nous allons bientôt entrer, et qui a fait disparaître une seconde des différences signalées plus haut entre l'action en nullité et l'action en rescision.

Le législateur du Code civil a-t-il fait plus? a-t-il confondu en une seule ces deux actions ou bien leur a-t-il conservé un caractère propre? C'est une question que nous aurons à examiner dans un instant, et nous verrons qu'elle a donné lieu à une controverse des plus vives.

CODE CIVIL

Livre III, section VII du chapitre V, tit. III (Art. 1304-1314).

CHAPITRE Ier

NOTIONS GÉNÉRALES ET SOMMAIRES SUR L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

Quand un contrat intervient, deux solutions peuvent se présenter ; ou bien l'obligation qui a fait l'objet de l'acte juridique est valable, c'est-à-dire qu'on pourra régulièrement en poursuivre l'exécution par tous les moyens de droit ; — ou bien elle est entachée d'un vice qui sera capable d'empêcher l'engagement de produire ses effets. Si nous supposons un acte de cette dernière nature, nous avons deux hypothèses possibles.

§ 1. — *Contrats nuls.*

Ou le vice dont il est affecté est tel que le contrat n'existe qu'en apparence, qu'il manque de se former ; en un mot, qu'il est nul, nul de *non esse* ; simple fait destitué de tout effet civil, il ne saurait être invoqué par l'une des parties ni opposé par l'autre, le temps reste impuissant à le purger de ce vice, et la volonté même expresse des contractants ne pourrait lui donner la force d'une convention obligatoire ; c'est le néant. Concluons-en que d'une part il est inutile d'en provoquer la nullité en justice ; mais que d'autre part celui à qui on l'oppose peut à toute époque demander à établir qu'il est sans effet. Bien plus, l'exécution du contrat, par l'une des parties qui le croit valable, donne lieu à la répétition de la chose livrée.

Pour ces actes, on le comprend, une action en nullité, c'est-à-dire tendant à en faire prononcer l'annulation et à dégager ainsi les parties des obligations auxquelles ils semblent avoir donné naissance, est complètement inutile puisqu'ils n'ont produit aucun effet juridique. Sans doute, un pareil acte aura eu, en fait, des conséquences; mais ces conséquences ne sont que des faits, et pour en amener la destruction, il n'est pas nécessaire de provoquer une annulation, il suffit à la partie de se prévaloir du droit qu'elle avait avant la passation de l'acte et qu'elle n'a point cessé d'avoir depuis.

Sans insister autrement sur cette hypothèse, dont l'étude ne rentre point dans notre sujet, disons seulement que tout contrat sera frappé de cette nullité radicale, soit lorsqu'il manquera absolument de l'un des éléments essentiels à sa perfection : consentement, objet ou cause ; soit lorsqu'il ne présentera pas les formes solennelles aux-

quelles il est soumis; soit enfin lorsqu'il sera fait en violation d'une prohibition de la loi. C'est dans cette branche de notre subdivision que rentreraient :

a. — Le contrat par lequel je vous ai vendu mon cheval blanc, alors que vous croyez avoir acheté mon cheval alezan; celui où je vous ai vendu ma maison que vous croyez recevoir à titre de donation ; celui où j'ai traité avec une personne atteinte d'un accès de folie ou avec un enfant qui n'a point encore l'âge de raison. Ici, le consentement fait totalement défaut ; ce n'est pas une action en nullité ou en rescision qui en résulte ; c'est une action en revendication ou en répétition, si quelque chose a été payée, ou une exception perpétuelle. De même, je vous consens bail d'une maison qui n'existe plus au moment où nous contractons ; héritier de mon père, j'acquitte en vos mains un legs particulier qu'un testament postérieur, découvert plus tard, a révoqué : il y a défaut d'objet dans le premier cas ; défaut de cause, dans le second, qui entraînent l'inexistence du contrat et rendent inutile contre lui l'exercice de l'action dont nous nous proposons l'étude.

b. — La convention sous signatures privées contenant donation, constitution d'hypothèque, adoption, ou règlement des conditions civiles d'une union matrimoniale.

c. — Le contrat portant sur une succession future.

Et si l'action en nullité ou en rescision ne se réfère pas à cette classe de contrats, c'est que l'article 1234 du code civil nous présente cette action comme un mode extinctif des obligations : « les obligations s'éteignent.... par la » nullité ou la rescision. » Or, le contrat nul ne produit aucune obligation. « Il n'y a qu'une obligation valable qui » puisse s'éteindre, comme on dit familièrement qu'il n'y » a que les vivants qui meurent. Si l'obligation est décla-

» rée nulle, elle n'a pas existé, et si elle n'a pas existé,
» elle ne peut s'éteindre. » (1).

§ II. — *Contrats annulables.*

Ou bien le contrat réunit tous les éléments essentiels à sa formation, mais d'une manière irrégulière et imparfaite : l'une des parties, par exemple, a traité sous l'empire de l'erreur, de la violence, du dol, ou lorsqu'elle était frappée d'une incapacité de contracter.

La convention s'est cependant légalement formée, et elle produit, en principe, tous ses effets juridiques. Mais cette existence est toute précaire, et celui de qui procède l'irrégularité, l'imperfection dont le contrat est entaché, peut échapper aux obligations qu'il engendre en faisant prononcer la nullité en justice, si mieux il n'aime, malgré tout, le tenir pour valablement formé.

Le contrat annulable existe donc, c'est un contrat dans toute la force du terme : contrat vicieux, il est vrai, mais qui a une existence réelle, quoique provisoire, et qui, encore une fois, produit tous les effets d'un contrat régulier et valable tant que la partie qui peut se soustraire à ses conséquences par une demande en annulation, ne l'aura pas fait judiciairement prononcer, ou lorsque cette partie aura expressément ou tacitement manifesté son intention de ne point se prévaloir du vice de la convention.

Et qui ne voit déjà les différences qui séparent ces deux catégories de contrats : tandis que le contrat nul est frappé d'une nullité absolue et perpétuelle en ce sens que

(1) Demolombe, *Traité des contrats et obligations conventionnelles en général*, t. VII, n° 2.

toute personne intéressée peut invoquer cette nullité et la provoquer à toute époque ; tandis qu'un tel contrat ne peut être purgé ni par le temps ni par la ratification du vice dont il est entaché, le contrat annulable n'est atteint que d'une nullité relative et temporaire, puisque l'annulabilité ne peut être proposée que par certaines personnes déterminées et seulement pendant un laps de temps déterminé par la loi, la ratification pouvant d'ailleurs le rendre aussi efficace que s'il n'avait jamais été atteint d'imperfection.

Cette distinction entre les contrats nuls et les contrats annulables, nous venons de la tirer de la nature même des choses ; elle fut proclamée au nom de la section de législation par le tribun Jaubert dans le rapport qu'il fit au Tribunat, à la séance du 13 pluviôse an XII. « Pour » qu'une convention soit obligatoire il ne suffit pas qu'elle » ait les apparences extérieures d'une convention, qu'elle » soit revêtue des formes prescrites en pareille matière, » il faut aussi qu'on y retrouve tout ce qui est nécessaire » pour la validité d'une convention.... une cause illicite, » c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes » mœurs ou à l'ordre public, vicierait tellement la con- » vention qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre » valable ; il n'y a pas de contrat. Si la convention n'avait » pas d'objet il serait impossible qu'en aucun temps elle » produisît une obligation ; ce ne serait pas non plus un » contrat.... Les incapables ne peuvent être forcés à rem- » plir leurs engagements malgré eux ; ils ont la faculté » de les faire annuler, mais ce n'est qu'une faculté dont » l'exercice est limité par la loi.... » Il nous semble inutile de continuer la citation ; ce que nous reproduisons du rapport ne suffit-il pas pour montrer bien nette et bien claire la distinction que nous avons établie plus haut ?

Le Code civil enfin l'a consacrée, et nous n'en voulons pour preuve que le texte même de l'article 1117 où nous lisons : « la convention contractée par erreur, violence ou » dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seule- » ment lieu à une action en nullité ou en rescision, dans » les cas et de la manière expliqués à la section VII du » chapitre V du présent titre, » section qui est précisément celle dont nous avons entrepris l'étude.

Il est donc évident que notre code distingue et des conventions nulles de plein droit, et des conventions que l'on peut attaquer par l'action en nullité ou en rescision. Ici surgit une controverse. Si tous les auteurs sont d'accord sur ce point, ils se divisent sur la question de savoir si le Code a fondu en une seule l'action en nullité et l'action en rescision, ou si, ou contraire, il a voulu maintenir l'ancienne différence que nous avons exposée, dans notre préliminaire historique, entre ces deux actions.

Trois opinions ont été émises ; nous développerons celles que nous n'adoptons point, en essayant de réfuter au fur et à mesure qu'ils se produiront, les arguments dont on les appuie.

1^er^ *Système.* — Il existe encore dans notre droit une distinction entre le cas de nullité et ceux de rescision, puisque l'on trouve dans le Code diverses dispositions qui opposent l'action en nullité à l'action en rescision, l'acte annulable à l'acte seulement rescindable. Parcourons en effet le Code : « Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol (art. 887). — « Le co- » héritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie n'est plus » recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou » violence... (art. 892). — L'erreur n'est une cause de » nullité de la convention que... (art. 1110). — La vio-

» lence exercée contre celui qui a contracté l'obligation » est une cause de nullité... (art. 1111 et 1113); — art. » 1117 précité; — Une transaction peut être rescindée » lorsqu'il y a erreur sur la personne ou sur l'objet de la » contestation; elle peut l'être dans tous les cas où il y a » dol ou violence (art. 2053). » Action en nullité, action en rescision ; voilà le terme dont se sert indifféremment la loi quand elle entend parler de l'action par laquelle on demande à revenir sur un consentement entaché d'erreur de violence ou de dol et qui, dans notre ancien droit n'était qualifiée que d'action en rescision ou de restitution en entier.

Mais dans ce même article 887, que nous citons plus haut, nous voyons au deuxième alinéa : « il peut y avoir » lieu à rescision (des partages) lorsqu'un des co-héritiers » établit à son préjudice, une lésion de plus du quart. » — La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur » du mineur non émancipé... (art. 1305). — Le mineur » n'est pas restituable pour cause de lésion lorsque... » (art. 1308). — Les majeurs ne sont restitués pour cause » de lésion... (1313). — Si le vendeur a été lésé de plus » des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le » droit de demander la rescision de la vente .. (art. 1674.) — Là, au contraire, où le Code ne s'occupe que de la demande en rétraction, dirigée contre une obligation entachée de lésion, il se sert uniquemeut des termes rescision, restitution, sans jamais employer le mot nullité. Le Code a donc manifestement distingué les actions en nullité et les actions en rescision, exclusivement basées sur la lésion.

Cet argument ne nous paraît point concluant, et nous pensons que les auteurs qui ont adopté le système que nous venons d'exposer ont attaché une importance trop

grande à ce simple fait que la loi qualifie plus particulièrement d'action en rescision, l'action qui se fonde sur la lésion. Reportons-nous au texte de l'article 1117; qu'y voyons-nous? une distinction établie entre le contrat nul de plein droit et le contrat annulable qui peut être attaqué par une action en nullité ou en rescision, synonymie parfaite, que nous trouvons encore dans la rubrique même de notre section, à laquelle cet article renvoie : de l'action en nullité ou en rescision des conventions. Cet emploi d'une disjonctive et non d'une conjonctive, peut-il laisser un doute sur la fusion des deux actions, surtout quand nous le remarquons dans la plupart des textes qui traitent de la matière. Ainsi pour en citer deux seulement: l'article 1304: « dans tous les cas où l'action en nullité ou en res-» cision...; — article 1338 : l'acte de confirmation ou rati-» fication d'une obligation contre laquelle la loi admet » l'action en nullité ou en rescision...

Qu'en faut-il conclure, sinon que toute différence a désormais disparu entre ces deux actions jadis si distinctes. Cette conclusion s'impose avec plus de force encore à la lecture de ce passage de l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu: « au nombre des manières dont les conven-» tions s'éteignent est leur annulation. Elle se fait tou-» jours par l'autorité du juge qui prononce sur l'action » en nullité ou en rescision... ainsi, dans tous les cas » où l'action en nullité ou en rescision n'est pas limitée à » un moindre temps par une loi particulière cette action » ne dure que dix ans. »

Il nous reste à examiner un second argument produit à l'appui du système qne nous combattons. La distinction entre l'action en nullité et l'action en rescision se révèle dans les principes mêmes du droit; car la première est la voie juridique par laquelle on demande l'anéantissement

d'une obligation qui ne réunit pas toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle ; c'est donc celle qui s'attaque à une convention entachée d'un vice inhérent à sa nature, à une convention nulle en un mot ; l'action en rescision, au contraire, est la voie juridique par laquelle on demande la rétraction d'une obligation, d'ailleurs valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion. D'où les conséquences suivantes : le demandeur en nullité n'a qu'une chose à prouver, l'absence de l'une ou de l'autre des conditions nécessaires à la validité de l'obligation ; le demandeur en rescision doit établir l'existence de la lésion dont il se plaint; — l'action en nullité étant indépendante de toute lésion ne saurait être arrêtée par l'offre d'une indemnité qui peut au contraire arrêter la demande en rescision en faisant disparaître le préjudice souffert ; — une demande en nullité ne peut en instance d'appel être convertie en une demande en rescision, *ni vice versâ*; — et enfin un jugement qui a rejeté une demande en nullité ne peut être invoqué comme engendrant une exception de chose jugée contre une demande en rescision pour cause de lésion (1).

Singulière théorie, il faut bien l'avouer, que celle qui nous montre le législateur empruntant à une division reçue dans l'ancien droit, des termes auxquels il donne une signification entièrement nouvelle. Nous ne pensons pas que cela soit, et s'il est incontestable que le Code se serve plus souvent du terme rescision, quand il parle de l'action ouverte par la lésion, il n'est pas moins incontestable qu'il l'applique aussi parfois à l'action en nullité,

(1) Massé et Vergé, t. III, p. 468 ; — Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, IV, § 333 ; — Duranton, XII, n° 505; — Dalloz, *Répertoire*, *verbo obligation*, n° 385, p. 638.

comme on peut s'en convaincre à la simple lecture des articles que nous avons déjà cités.

Il est facile, du reste, d'établir que les quatre conséquences du système précédent ne découlent pas nécessairement de la distinction qu'il maintient entre l'action en nullité et l'action en rescision, et ne la justifient en aucune façon. Car si le demandeur en nullité pour cause d'erreur, de violence ou de dol doit prouver l'un de ces faits, tandis que le demandeur en rescision pour lésion n'a qu'à prouver le préjudice dont il se plaint, cette preuve une fois faite, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, le résultat sera identiquement le même, l'annulation de l'acte attaqué. L'offre d'une indemnité n'arrêtera d'ailleurs que par exception la demande en annulation d'un acte entaché de lésion ; c'est uniquement au cas de partage (1) et de vente (2) que la loi donne au défendeur ce moyen d'échapper à la ruine du contrat qui l'enrichit aux dépens de son adversaire; loin donc de se présenter à nous comme un principe absolu, cette règle est une dérogation à la théorie générale du Code et spécialement, elle est repoussée, en ce qui concerne les incapables, par les termes formels des articles dont nous allons avoir à faire le commentaire. Et puis rien n'empêche, selon nous, l'appelant de changer de système devant la cour et de s'appuyer pour demander la nullité de la convention dont il se

(1) Art. 891. Le demandeur en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature.

(2) Art. 1681. Dans tous les cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, etc.

plaint, non plus sur le dol, l'erreur ou la violence, mais sur la simple lésion ou réciproquement; car ce que la loi défend en instance d'appel, c'est d'introduire une demande nouvelle; or en agissant comme nous venons de le dire, l'appelant use d'un moyen nouveau, tendant au même résultat final et juridique que le premier. Enfin débouté d'une action en nullité, le demandeur pourra-t-il agir par voie d'action en rescision ? Y aurait-il là violation de l'autorité de la chose jugée ? Pour répondre négativement on s'appuie précisément sur une distinction que nous repoussons et la conséquence qu'on en déduit découle ainsi d'un principe incertain qui ne saurait servir de base à une théorie solide.

2° *Système.* — Par l'article 1117, la loi reconnaît deux sortes de nullité : l'une de plein droit, qui affecte tout contrat entaché d'un vice apparent, extrinsèque; tel celui passé par un incapable, ou présentant un défaut de forme prescrite à peine de nullité; un pareil contrat engendre l'action en nullité, et le juge après avoir pris connaissance de l'acte qui rend ce vice visible ne pourra ni refuser de prononcer la nullité demandée, ni ordonner l'exécution provisoire de la convention; l'autre, qui n'opère point de plein droit, mais qui doit être proclamée par le juge, investi à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire, et résulte d'un vice caché, extrinsèque, comme le dol, l'erreur, la violence; un contrat de cette nature donne donc naissance à l'action en rescision (1).

Tout d'abord nous voulons faire une remarque sur cette opinion : s'il était bien établi que l'incapacité, par exemple, est de nature à rendre complètement inexistant un contrat qui en est entaché, le système que nous venons

(1) Toullier, VII, n° 521.

d'exposer pourrait avoir un semblant de fondement; mais, d'une part, les textes et les principes s'insurgent contre cet effet de l'incapacité, et l'article 1304 ne nous laisse, entre autres, aucun doute à cet égard : et puis, d'un autre côté, Toullier abandonnant plus loin la règle qu'il vient de poser, relativement à l'incapacité, nous montre le contrat émanant d'un incapable pourvu d'une existence réelle; il y a là une contradiction qui suffirait à elle seule pour nous faire repousser son opinion. Mais il y a plus, l'article 1117 bien loin d'appliquer l'action en nullité à l'obligation nulle de plein droit et de distinguer entre cette action et l'action en rescision, oppose au contraire le cas d'obligation nulle de plein droit à l'action en nullité ou en rescision. Cet article ne dit donc point ce qu'on lui veut faire dire; il est même la négation évidente de la distinction proposée.

Pour nous résumer aucune différence n'existe plus aujourd'hui entre l'action en nullité et l'action en rescision, il n'y a là qu'une seule et même action qui prend indifféremment l'un ou l'autre nom.

Sous le bénéfice de ces observations, nous allons entrer dans l'examen des textes de notre section dont l'article 1304 est, sans contredit le plus important. « Dans tous » les cas, y est-il dit, où l'action en nullité ou en rescision » d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps » par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Ainsi donc le Code, dans cette première disposition de l'article, consacre une dérogation aux règles ordinaires de la prescription des actions. Selon le droit commun, en effet, toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans (1), tandis que l'action en nullité

(1) Art. 2262 du code civil.

ou en rescision s'éteint en général par l'inaction pendant dix ans de celui qui la pourrait provoquer. C'est là certes une atteinte considérable portée aux principes généraux de la prescription et qu'il importe de soigneusement resserrer dans les limites que la loi à elle-même tracées. Une question préliminaire s'impose, par suite, à nous dès maintenant; c'est celle de savoir à quelles actions s'applique l'article 1304, et la prescription décennale édictée par lui; autrement dit, nous avons à rechercher les causes qui peuvent donner naissance à l'action en nullité ou en rescision.

CHAPITRE II

DES CAS OU IL Y A LIEU A L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

Les développements que nous avons donnés dans le chapitre précédent, aux préliminaires de cette étude, nous fournissent déjà une des branches de notre réponse ; seuls les contrats annulables peuvent donner naissance à l'action en nullité ou en rescision. Et cela est de toute évidence ; car, d'une part, le contrat nul est, nous le savons, un simple fait sans existence juridique, dépourvu par suite de tout effet obligatoire, et d'autre part, l'action en nullité ou en rescision nous est présentée par le Code comme un mode extinctif des obligations ; or, les contrats nuls n'en pouvant produire aucune, échappent par là même à l'application du premier article de notre section. Il est, d'ailleurs, une autre raison qui nous amène à exclure les actes nuls de la sphère d'application de l'article 1304, et cette raison la voici : les dispositions du texte se fondent sur une présomption de renonciation ou de confirmation, et

la preuve c'est que l'article 1115 (1) ferme le droit d'attaquer un contrat entaché de violence à celui qui a laissé passer, sans agir, le temps de la restitution fixé par la loi. Et, en effet, ce silence gardé par la partie armée de la faculté de faire anéantir la convention, cette inaction prolongée est une véritable renonciation au droit de solliciter l'annulation de cette convention, et par suite une confirmation, une approbation du contrat. Or, il n'y a que les contrats annulables qui puissent être ainsi ratifiés ; les contrats nuls ne sauraient l'être puisqu'ils sont le néant : *et quod non est confirmari nequit* (2).

Mais ce principe une fois posé, que l'article 1304 se refère non aux contrats nuls mais aux contrats annulables, nous avons à nous demander quels contrats sont nuls, quels annulables, et ici nous sommes loin de trouver dans la doctrine l'accord qui se manifeste sur le principe que nous venons d'émettre. Il se dégage pourtant de ce principe une règle, au moyen de laquelle la solution s'impose, et nous allons voir que la division naît précisément du défaut d'application de ce *criterium* que nous pouvons ainsi formuler ; l'article 1304 ne s'applique qu'aux contrats susceptibles de confirmation, de ratification.

La validité de toute convention est subordonnée au

(1) Art. 1115 C. C. Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.

(2) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, IV, n° 4, § 882, p. 684 ; — Toullier, VII, 661 ; — Duranton, XII, 538 ; — Vazeilles, *des Prescriptions*, II, 546 ; — Larombière, IV, art. 1304, n° 25 ; — Colmet de Santerre, V, 265 bis I ; — Demolombe, *op. cit.* VI, 50 ; — Aubry et Rau, *op. cit.* IV, § 339, p. 270.

concours de quatre conditions essentielles, le consentement des parties contractantes, leur capacité, un objet certain et une cause licite ; certaines formalités matérielles sont de plus prescrites pour sa perfection, et si, en principe, la liberté des conventions et l'intérêt des relations commerciales exigent que l'on respecte les contrats où l'une des parties est constituée en perte, il est des cas cependant où le préjudice éprouvé par l'un des contractants devient facilement réparable. L'absence de l'une des quatre conditions que nous venons d'énumérer, le défaut d'accomplissement des formalités prescrites, la présence d'une lésion dans certaines hypothèses spéciales constituent autant de vices qui viennent affecter le contrat et donnent à celui qui peut s'en prévaloir un moyen de se soustraire aux engagements par lui souscrits. Il nous faut donc rechercher quelles seront les conséquences de ces différents vices, et nous aurons ainsi une réponse complète à notre première question.

Section I^re^

DU CONSENTEMENT

Disons d'abord qu'il n'est pas et ne saurait être contesté que le défaut absolu de consentement empêche la formation du contrat, soit que l'une des parties n'ait point eu l'intention de s'obliger ou de lier quelqu'un envers elle, soit qu'elle n'ait point l'âge de raison, le complet discernement des conséquences à naître de son adhésion. Nous nous trouvons ici en présence d'un simple fait, sans valeur, impuissant à produire un effet quelconque, et qui échappe par là même à l'application de notre article 1304.

Mais le plus souvent, le consentement ne fera pas défaut ; il se manifestera chez l'un des contractants, atrophié, pour ainsi dire, par l'erreur, ou arraché à la suite d'un dol ou d'une violence, et ces vices qui l'affecteront sans empêcher l'existence du contrat, armeront la victime d'un moyen de droit destiné à la soustraire à l'exécution des obligations auxquelles elle n'aura pas ainsi librement consenti. Tout contrat qui se présentera dans de pareilles conditions rentrera dans la catégorie des contrats annulables, susceptibles, en conséquence, de donner ouverture à une action en nullité ou en rescision : l'article 1304 nous l'enseigne lui-même, en faisant courir le délai de la courte prescription qu'il édicte, du jour où la violence a cessé, du jour où l'erreur ou le dol ont été découverts.

Nous sortirions du cadre de notre étude, si nous exposions ici la théorie complète de l'erreur, du dol et de la violence; aussi, nous nous contenterons de rappeler aussi sommairement que possible, les caractères que ces vices du consentement doivent présenter pour ouvrir l'action en nullité ou en rescision.

L'erreur ne sera une cause de nullité que s'il est bien établi que sans elle les parties ou l'une d'elles n'auraient point traité ; par suite, elle doit avoir porté ou sur la substance de la chose, ou sur la personne même avec laquelle on a entendu contracter, si la considération de cette personne a été le motif principal ou déterminant de la convention : ce qui sera toujours une question de fait, laissée comme telle à l'arbitrage du juge.

La violence rendra le contrat annulable si le consentement n'a été obtenu qu'au moyen d'une contrainte physique et morale, d'ailleurs illégitime, assez grave pour inspirer à la partie la crainte d'exposer sa personne, son

conjoint, ses descendants ou ses ascendants et sa fortune, à un mal considérable et présent. Il n'importe au surplus que la violence ait été exercée par celui qui a profité de la convention, ou par un tiers, à son insu.

Enfin le dol, c'est-à-dire les manœuvres, les ruses employées pour tromper l'un des contractants, engendre l'action en nullité ou en rescision s'il est émané de l'autre partie, ou si elle y a participé directement ou indirectement, et dans le cas seulement où il est bien évident que sans ces manœuvres, le contrat ne se serait point formé.

Cette nullité n'est que relative, elle ne peut être intentée que par la partie dont le consentement est entaché de l'un des vices dont nous venons de parler; mais si le vice du consentement était réciproque, chacun des contractants pourrait proposer la nullité contre l'autre.

Section II

DE LA CAPACITÉ

L'article 1123 fait de la capacité de contracter la règle générale, l'incapacité n'est que l'exception et nous trouvons, énumérées dans l'article suivant, les personnes que le législateur déclare incapables; ce sont les mineurs en tutelle ou émancipés; les interdits, ce qui comprend les pourvus de conseil judiciaire, et même depuis la loi du 30 juin 1838, les personnes placées dans un établissement public ou privé d'aliénés; ajoutons-y aussi les personnes morales et civiles; et les femmes mariées. Nous allons nous occuper dans un paragraphe spécial à chacun d'eux, de ces différents cas d'incapacité au point de vue

du sort des actes passés par les personnes qui en sont atteintes.

§ I. *Mineurs.* — L'incapacité des mineurs a pour fondement le défaut présumé de l'intelligence nécessaire pour consentir, et pour éviter les difficultés inextricables auxquelles aurait donné lieu la question de savoir si telle ou telle personne individuellement déterminée a la raison suffisamment développée pour s'engager en parfaite connaissance de cause, la loi recule jusqu'à vingt-un ans la présomption d'incapacité; il va sans dire, d'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait remarquer plus haut, que le contrat passé avec un enfant serait entaché non point d'incapacité, mais de défaut absolu de consentement. A cause de son inexpérience des choses de la vie, le mineur se trouve placé sous la puissance paternelle, si ses père et mère existent encore, ou bien si, l'un de ses ascendants ou tous deux sont décédés, la garde de sa personne et l'administration de ses biens sont confiés à un tuteur; mais quelle que soit la situation dans laquelle il se trouve, sa capacité se trouve régie par les mêmes règles; nous n'avons donc aucune distinction à faire de ce chef. Dans tous les actes de la vie civile, il est représenté par son mandataire légal, qui oblige les tiers envers lui ou l'oblige envers les tiers, et traite toutes les affaires qui peuvent intéresser son patrimoine. Ainsi donc en principe, le mineur non émancipé ne peut faire rien par lui-même; cependant il est certains actes qui répugnent à toute idée de délégation et qui ne sauraient émaner que de lui personnellement; tels le mariage, l'engagement militaire, le contrat d'apprentissage, le testament dans les limites déterminées par la loi. A ces quelques exceptions près, rien ne lui est permis.

Mais à dix-huit ans, quand ses père et mère sont décédés, à quinze ans, quand ils vivent encore, le mineur peut à raison de ses facultés et de la précoce maturité de son esprit, être affranchi par l'émancipation de la puissance tutélaire. Il acquiert une certaine capacité, sauf à ne pouvoir traiter, dans certains cas, qu'avec l'assistance d'un curateur.

Au mépris de la loi, un mineur émancipé a fait, sans l'assistance de son curateur, un acte qu'il ne pouvait passer seul ; un mineur non émancipé a figuré seul également dans un contrat qui ne pouvait être fait que par son représentant légal. Quel sera le sort de pareilles conventions ? Au lieu de répondre ici à cette question, nous renvoyons pour la résoudre aux paragraphes de la lésion et des formes des conventions dont nous traiterons plus bas. Car la controverse qui s'élève sur ce point nécessite préalablement quelques détails sur la lésion et sur les formes requises pour les actes intéressant cette classe d'incapables.

§ II. *Interdits.* — L'incapacité des interdits (et nous ne parlons évidemment ici que des interdits judiciaires) est basée sur l'imperfection ou le dérangement de leurs facultés intellectuelles ; dans l'impossibilité où ils se trouvent de veiller eux-mêmes à la bonne administration et à la conservation de leur fortune, on leur donne un tuteur qui les représente dans tous les actes de la vie civile ; ils ne peuvent donc rien faire par eux-mêmes. Que si cependant, ils contractent personnellement, quel sort la loi réserve-t-elle à leurs conventions ? Sont-elles inexistantes, sans aucun effet juridique, ou au contraire, rentrent-elles dans le cas d'application de notre article 1304, en ce sens qu'elles engendrent une action en nullité ou

en rescision, prescriptible par dix ans? La réponse est facile; elle nous est fournie par deux textes du Code. En effet, aux termes de l'article 502 « l'interdiction... aura » son effet du jour du jugement; tous actes passés posté- » rieurement par l'interdit... seront nuls de droit. » Et qu'on n'aille pas croire que la loi entend, par cette expression « nuls de droit », enlever toute existence juridique à ces actes passés par l'interdit seul; pour elle, ces actes sont simplement annulables; car ils existent, et la preuve, nous la trouvons dans l'article 1125, qui réserve le droit aux interdits de provoquer la nullité de ces engagements, et dans l'article 1304 qui ne leur donne que dix ans, à compter du jour où l'interdiction est levée, pour intenter leur action; mais il faut se rappeler que nous ne parlons ici que des actes pour lesquels l'interdit doit être représenté par son tuteur. Les effets du jugement d'interdiction ne rétroagissent point au-delà de sa date; les actes d'une date antérieure doivent donc être maintenus. Cependant, il résulte : 1° de l'article 503, que si à l'époque où ces actes ont été passés la cause de l'interdiction était notoire, ils pourraient être susceptibles d'annulation; 2° de l'article 504, qu'après le décès d'un individu, dont l'interdiction n'a été ni prononcée, ni provoquée, les actes par lui passés peuvent être attaqués, si la preuve de la démence résulte de l'acte contre lequel on se pourvoit (1).

(1) Il faut remarquer qu'il ne s'agit point ici d'une nullité de droit, en ce sens que le demandeur eût-il administré toutes les preuves désirables d'imbécillité, de démence ou de fureur, les tribunaux restent investis d'un pouvoir discrétionnaire pour l'exercice duquel ils ont à considérer le véritable état mental de l'auteur de l'acte attaqué, au moment précis de la passation de cet acte et surtout la bonne ou la mauvaise foi du tiers qui a traité avec lui.

§ III. *Aliénés.* — Pour assurer la tranquillité sociale, garantir le repos des familles et faciliter la guérison des individus atteints d'aliénation mentale, tout en sauvegardant leur liberté individuelle et leurs intérêts pécuniaires, la loi du 30 juin 1838 ordonne le placement dans des établissements publics d'aliénés de ceux dont la folie compromet l'ordre public ou la sûreté des personnes, et permet le placement volontaire dans ces mêmes maisons ou dans des établissements privés, de ceux dont la folie n'est point dangereuse. Un administrateur provisoire leur est alors nommé, qui a pour mission de gérer leurs biens; mais il ne faut pas perdre de vue que si l'aliéné était un mineur ou un interdit, le tuteur serait seul chargé de ce soin, et nous ne nous occupons ici que de l'aliéné majeur et non interdit. L'état de ses facultés mentales lui ôte, aux termes de l'article 39 de la loi citée plus haut, toute capacité de traiter avec les tiers tant qu'il est détenu dans l'établissement, et les actes faits par lui durant cette période peuvent faire l'objet d'une action en nullité ou en rescision; mais il ne s'agit pas non plus ici d'une nullité de plein droit, dans le sens employé par l'article 502; les juges restent souverains appréciateurs du point de savoir, une fois la preuve de la folie faite, s'il faut annuler ou maintenir l'acte attaqué.

§ IV. *Pourvus de conseil judiciaire.* — Lorsqu'un individu, sans être absolument incapable de gouverner sa personne et de gérer ses biens se trouve cependant en raison de la faiblesse de ses facultés intellectuelles, dans l'impossibilité de conduire seul ses affaires, il y a lieu au termes de l'article 499, de lui nommer un conseil judiciaire; cette nomination d'un conseil peut d'ailleurs avoir lieu soit pour faiblesse d'esprit, soit pour cause de prodi-

galité. Les fonctions de ce conseil consistent uniquement à assister dans certains actes spécialement déterminés, la personne à laquelle il a été nommé (1), et ces actes sont frappés de nullité lorsqu'ils ont été passés postérieurement à la nomination de ce conseil et sans son assistance; l'action dont ils peuvent être l'objet tombe sous l'application de notre article 1304. Mais il est aujourd'hui hors de doute que cette action en nullité ou en rescision ne serait pas ouverte contre les actes passés avant cette nomination de conseil; l'article 503 n'est point ici applicable; car tandis que l'article 502 étend au pourvu de conseil les dispositions qu'il consacre à l'interdit, l'article 503 n'est relatif qu'à ce dernier, et d'ailleurs le législateur a pris soin lui-même de repousser cette extension. Il est enfin aisé de comprendre qu'il n'en saurait être autrement, car la faiblesse d'esprit et la prodigalité ne constituent point un état aussi reconnaissable, aussi facile à constater pour les juges que l'imbécilité, la démence et la fureur (2).

§ V. *Personnes morales ou civiles.* — On sait qu'il faut entendre par personnes morales ou civiles tout être de raison capable de posséder un patrimoine et de devenir le sujet des droits et des obligations relatifs aux biens,

(1) Aux termes des articles 499 et 513 le pourvu de ce conseil ne peut, sans l'assistance de ce dernier, plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques.

(2) *Exposé des motifs*, par Emery et *discours* du tribun Tarrible, au Corps législatif (Locré, *législation*, VII, p. 357, n° 12 et p. 393 n° 11); — Duranton, III, 781; — Proudhon et Valette, II, 569 et 570; — Zachariæ, § 140, texte et note II; — Toullier, II n° 1383; — Massé et Vergé, I, p. 491; — Demante, II, n° 285 bis, X; — Demolombe, *Traité de la minorité*, II, n° 662; — Aubry et Rau, op, cit I, § 149, texte, page 575.

tels sont l'Etat, les communes, les sections de communes, les départements, les établissements publics, les congrégations religieuses reconnues, etc. La capacité des personnes morales est soumises à d'importantes restrictions fondées sur des considérations d'économie politique ou se rattachant à la tutelle administrative établie, dans des vues d'intérêt public, sur ces personnes dont nous parlons. C'est ainsi qu'elles ne peuvent, en général, traiter sans de certaines autorisations; comme conséquence, les actes qu'elles font en dehors des cas de capacité qui leur sont reconnus, donnent naissance à une action en nullité ou en rescision telle qu'elle est prévue par l'article 1304. Ainsi notamment la prescription de dix ans, s'applique à une aliénation de biens communaux consentie par le maire en cette qualité, sans l'autorisation du conseil municipal; la jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui fixées en ce sens (1).

§ VI. *Femmes mariées.* — L'incapacité de la femme mariée est fondée sur cette considération que le mari est le chef de l'association conjugale, et que son droit de puissance maritale engendre celui de diriger la personne de la femme. Mais cette incapacité n'est plus aussi étendue

(1) Merlin, op. cit. *verbo Prescription*, sec. III § VI, n° 5; — Troplong, *de la Prescription*, I, 196; — Vazeilles, op. cit. II, 533; — Larombière, IV, art. 1303, n° 49; — Chauveau, *Journal de droit administratif*, 1865, XIII, p. 187; — des Glageux, *Aliénation et prescriptions des biens de l'Etat*, p. 394; — Demolombe, *Traité des contrats*, VI, n° 82; — Aubry et Rau, op. cit. IV, § 339, texte et note 12; — loi du 18 juillet 1837; — Cassation. 29 juin 1838, S. V. 1838, 1, 489; — idem, 18 janvier 1841, S. V, 1841, 1, 339; — idem, 3 mai 1841, S. V. 1841, 1, 361; — Caen, 4 mars 1848, S. V. 1848, 2, 543; — Angers, 27 février 1867, S. V. 1867, 2, 252; — Pau, 24 mars 1873, S. V. 1873, 2, 299; — Cassation, 12 janvier 1874, S. V. 1874, 1, 290.

que celle des mineurs et des interdits. En effet, que voyons-nous dans l'article 1124 : *les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi...* Cette dernière partie de la phrase ne se rapporte évidemment qu'à la femme mariée, puisque l'article comprend trois alinéas, le dernier renfermant seul ces mots : *dans les cas exprimés par la loi* ; tel a été au surplus le sens donné à cet article par l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs.

L'article 1125, de son côté, ne donne à la femme le droit d'attaquer ses engagements pour cause d'incapacité, que dans les cas prévus par la loi ; cela ne veut pas dire évidemment que pour agir en nullité la femme doit non-seulement établir le défaut d'autorisation, mais encore rapporter un texte spécial prononçant cette nullité; ce défaut d'autorisation produit par lui-même et par lui seul une nullité dérivant de l'incapacité de la femme ; peut-être alors les termes de l'article 1125 veulent indiquer que cette action est de celles qui sont régies par l'article 1304.

Sans présenter ici toute la théorie de l'autorisation maritale ou de justice venant relever la femme de l'incapacité dont elle est atteinte, parcourons seulement les cas dans lesquels la femme contractante sera recevable à provoquer l'annulation des engagements par elle pris. Sous le régime de la communauté ou de l'exclusion de communauté, sous le régime dotal, en ce qui concerne les biens, constitués en dot, la femme ne peut rien faire sans être autorisée (pourvu que dans ce dernier cas, le mari ait l'administration des biens personnels de la femme). Mais que deviennent les contrats qu'elle passe lorsqu'elle a l'administration de ses biens personnels ? Si la femme

est séparée de corps et de biens, ou de biens seulement, l'article 1449 lui donne la libre administration de sa fortune et le droit de disposer de son mobilier et de ses immeubles, mais avec l'autorisation de son mari ou de justice; toutefois, il faut remarquer que l'obligation d'autorisation imposée à la femme, en ce qui concerne les actes de disposition de son mobilier, ne porte que sur les actes à titre gratuit; donc elle aura l'action en nullité ou en rescision soit contre les actes portant donation de son mobilier, soit comme les contrats à titre onéreux engageant ses immeubles, lorsqu'elle ne s'est point fait dûment autoriser. La même règle serait applicable à la femme qui par contrat de mariage se serait réservé l'administration et la jouissance de ses propres.

Section III.

DE L'OBJET

L'objet est une des conditions vraiment essentielles non pas seulement à la validité, mais à la formation même des conventions, puisque le défaut d'objet met obstacle à l'existence de la convention ; nous nous trouvons en présence d'un pur fait qu'une confirmation ne pourrait point élever à la hauteur d'un contrat, et qui échappe ainsi à l'application de l'article 1304. La même solution doit être évidemment admise au cas où il y aurait un objet, mais illicite. Nous n'hésitons pas à décider que la convention faite sur une succession non encore ouverte, est radicalement nulle, puisque la loi défend dans l'article 1130 de faire aucune stipulation sur une

pareille succession (1); formée en fait cette convention n'est point formée en droit, et ne peut en conséquence se ratifier. Cela est universellement admis, tant que vit celui dont la succession a fait l'objet du traité; mais la dissidence se produit sur la valeur de la convention, lorsque la succession est ouverte. Des auteurs soutiennent qu'à ce moment le traité devient susceptible de ratification, puisque son objet rentre dans le commerce; dès lors, rien ne s'oppose plus à l'application des dispositions de l'article 1304, et malgré le partage auquel les héritiers auront procédé du vivant de leur auteur commun, l'un d'eux sera recevable à intenter dans les dix ans du décès, mais dans ces dix ans seulement, l'action en pétition d'hérédité et en partage de la succession ; que s'il laisse écouler ce délai sans agir, son droit sera perdu et la convention ainsi tacitement ratifiée sortira son plein et entier effet (2).

L'erreur de ce système est évidente. Le traité sur succession future devient, dit-on, susceptible de confirmation au décès de l'auteur. Mais un pareil traité est déclaré nul, inexistant, par la loi ; et jamais il n'est au pouvoir des parties de rendre valable par une ratification une convention qui n'existe point ; nous le répétons, *quod non est confirmari nequit*. Nous voulons bien reconnaître qu'après la mort de l'auteur commun, la convention passée de son vivant sur la succession pourra quelquefois être respectée par les héritiers et recevoir son exécution ; ce sera alors

(1) Voir aussi articles 791 et 1600 du C. C.

(2) Toullier, IV, 599 ; — Duvergier, *de la vente*, I, 230 ; — Rouen, 30 Décembre 1823, S. V. 1825, 2,25 ; — Cass^{on}, 3 août 1829, I, 339 ; — Pau, 4 février 1830, S. V, 1830, 2, 202 ; — Toulouse, 13 avril 1831, S. V. 1831, 2, 330 ; — Toulouse, 11 juillet 1834, S. V. 1835, 2, 36.

non point en vertu d'une ratification de cette ancienne convention, mais en vertu d'une véritable convention nouvelle, expresse ou tacite. Cette ratification même fût-elle possible, il n'en faudrait point conclure que le traité dont nous parlons tombe sous l'application de l'article 1304 ; car s'il est vrai que pour donner naissance à l'action en nullité ou en rescision, telle qu'elle est prévue par ce texte, la convention doit être susceptible de confirmation, la réciproque n'est point nécessairement ni fatalement vraie ; la confirmation résultant d'un acte nouveau ou d'une exécution volontaire doit avoir évidemment plus d'efficacité que l'inaction. Et puis, quel serait le point de départ des dix ans accordés pour agir en nullité ou en rescision contre le traité sur succession future ? Ce ne pourrait être, sans contredit, la date de l'acte lui-même, et de plus la loi qui précise l'époque ou le délai commence à courir dans les différents cas où elle admet cette action ne donne aucun moyen de la fixer dans l'hypothèse que nous avons faite (1).

(1) Vazeilles, *op, cit.*, II, 547 ; — Troplong, *de la vente*, I, 246 ; — Marcadé, *op. cit.*, IV, n° 883 ; — Larombière, *op. cit.*, n° 56 ; — Demolombe, *Idem.* 57 et s.; — Aubry et Rau, *Idem*, § 339, n° 1, texte et note 4 ; — Zachariæ, qui avait d'abord soutenu le système contraire. s'est rangé à cette opinion, § 337, note 6; — Cassation, 2 juillet 1828, S. V. 1828, 1, 286 ; — Riom, 8 novembre 1828, S. V. 1829, 2, 122 ; — Toulouse, 25 mai 1829, S. V. 1831, 2, 330; — Montpellier, 3 juin 1830, S. V. 1831, 2, 151; — Toulouse, 27 août 1833. S. V. 1834, 2, 97 ; — Bastia, 14 avril 1834, S. V. 1834, 2, 594 ; — Limoges, 6 avril 1838, S. V., 2, 501; Aix, 2 février 1840, S. V. 1840, 2, 359 ; — Cassation, 8 novembre 1842, S. V. 1843, 1, 33; — *Idem*, 14 novembre 1843, S. V. 1844, 1, 299; — *Idem*, 11 novembre 1845, S. V. 1845, 1, 785, — *Idem*, 3 janvier 1849, S. V., 1849, 1, 282; — Colmar, 22 août 1860, S. V. 1861, 2, 549.

Section IV.

DE LA CAUSE.

L'article 1131 nous enseigne que l'obligation sans cause ou sur une cause fausse ou illicite ne peut avoir aucun effet, et la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, et quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Ici donc, comme en matière d'objet, l'absence de la cause ou la circonstance qu'elle est illicite ou fausse, empêche la formation du contrat et par suite ne donne point naissance à l'action prévue et réglée par notre article 1304, puisque de pareilles conventions ne sauraient servir de base à une ratication, à une confirmation. Ce principe va nous servir à trancher quelques questions controversées.

Le premier mars 1860, Primus se reconnaît débiteur envers Secundus d'une somme d'argent dont il prend l'obligation de lui servir les intérêts sur le pied de 5 0/0 par an jusqu'au remboursement. En 1879, Primus agit contre son créancier en répétition des intérêts usuraires qu'il lui a payés et en réduction, pour l'avenir, de ceux qu'il s'est engagé à lui payer; autrement dit, il demande la nullité de la convention à concurrence de la partie entachée d'usure, parce qu'il soutient que la somme dont il a été saisi est inférieure à celle exprimée dans l'acte, de sorte que les intérêts s'élèvent au-dessus du taux fixé par la loi du 3 septembre 1807. Secundus oppose à cette demande la prescription de l'article 1304 ; qui des deux devra triompher ?

C'est Secundus, dit-on dans un système ; car l'article 1304 ne distingue pas entre les différents moyens de nullité ou de rescision, et l'action que Primus met en exercice est de celles que prévoit cet article, car en demandant la répétition des intérêts usuraires pour le passé et leur réduction pour l'avenir, il conclut à l'annulation partielle du contrat intervenu ; il aurait dû par suite intenter son action dans les dix ans de son engagement.

L'hypothèse que nous venons de faire a cependant donné lieu à une distinction que nous nous réservons de combattre en exposant le système auquel nous croyons devoir nous rallier. L'usure peut être *palliée* ou *déguisée*, *manifeste ou flagrante*. Il y aura usure manifeste ou flagrante quand la preuve en apparaîtra dans une clause de la convention même, et dans ce cas l'action en nullité restera soumise à la prescription de trente ans, conformément aux dispositions de l'article 2262, parce que l'acte est vicié dans son essence et aucun laps de temps ne peut le valider ; il n'y a pas de contrat même en apparence. L'usure est au contraire palliée ou déguisée quand on n'en peut rapporter la preuve qu'au moyen d'une instruction; et alors, c'est l'article 1304 qui doit être appliqué, et le délai pour provoquer la nullité de l'engagement, soit en totalité, soit en partie, se trouve limité à dix ans; car il y a un contrat qui réunit en apparence toutes les conditions légales, contre lequel, par conséquent, après un silence confirmatif de dix ans, on ne pourrait, sans violer formellement l'article 1304, admettre une preuve par témoins, pour établir une fraude ou une violence tardivement alléguées (1).

(1) Toulouse, 18 novembre 1836, S. V. 1837, 2, 324 ; — Caen, 29 avril 1835, S. V. 1838, 2, 510 ;— Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, III, nos 542 et s.

L'une et l'autre de ces opinions nous semblent également erronées. En effet, qu'importe d'abord que la preuve soit ou ne soit pas manifeste : outre que le créancier se gardera toujours avec soin d'insérer dans le contrat une clause qui étale au grand jour l'usure à laquelle il se livre, cette distinction aurait pour résultat de rendre illusoires les précautions que le législateur a prises contre l'usure. Donc que le contrat révèle ou non par lui-même l'usure dont on le prétend entaché, la solution à intervenir sera la même, et nous soutenons que l'action du débiteur durera non dix ans, mais trente ans. Rappelons-nous en effet l'axiôme que nous avons formulé en débutant : pour que l'article 1304 reçoive son application, il faut que la convention contre laquelle l'action en nullité ou en rescision est dirigée soit susceptible de confirmation ; or la convention usuraire rentre-t-elle dans cette catégorie ? non, évidemment ; la cause du contrat est illicite, contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, et l'article 6 du Code civil ne permet point de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; le contrat nul *ab initio* ne peut valoir dans l'avenir, puisque le néant ne se ratifie point, et la prescription de dix ans, dont nous nous occupons, est, nous le savons, fondée sur une présomption de confirmation, qui ne saurait trouver place ici. Le débiteur aura donc trente ans pour agir, non point, comme le dit fort bien la cour de Limoges dans un arrêt du 22 juillet 1873, que cette prescription trentenaire valide une stipulation prohibée et lui donne une existence légale, mais elle a pour effet d'anéantir toutes les actions tant réelles que personnelles (1).

(1) Troplong, *du Prêt*, n° 401 ; — Vazeilles, idem, I, 112 ; — Zachariæ, idem, § 337, note 6; — Massé et Vergé sur Zachariæ, III,

Un officier ministériel cède son office à une personne qui s'engage à lui payer une certaine somme en dehors du prix figurant dans le traité soumis à l'agrément du chef de l'Etat; vingt ans après, le cessionnaire demande la nullité de la contre lettre, et le cédant lui oppose la prescription de l'article 1304. Nous n'admettons pas plus cette dernière prétention dans notre espèce que dans la précédente, et cela pour les mêmes motifs. La stipulation d'un supplément de prix insérée dans un acte secret a, sans nul doute, une cause illicite, qui fait par suite obstacle à la formation d'une obligation, même naturelle; une pareille convention ne saurait, en effet, faire l'objet d'une ratification soit expresse, soit tacite, qu'on veuille l'induire du silence gardé pendant dix ans par le cessionnaire, ou du versement par lui au cédant de la somme promise comme pot-de-vin. Vainement viendrait-on soutenir que la contre-lettre est annulée, moins dans l'intérêt public que dans l'intérêt privé du cessionnaire; vainement voudrait-on, pour justifier dans notre hypothèse, l'application de l'article 1304, se retrancher derrière la considération que cet article couvre de la prescription décennale le vice résultant de la violence, plus attentatoire à l'ordre public qu'une simple contre-lettre en matière de vente d'office; vainement enfin arguerait-on de la généra-

§ 584; p. 477, n° 6; — Leroux de Bretagne, *Prescriptions*, III, n° 1135; — Larombière, idem, IV, art. 1304, n^os^ 58 et 59; — Demolombe, idem, n° 56; — Aubry et Rau, idem, § 339, texte, p. 277; — Angers, 27 mars 1829, S. V. 1829, 2, 33 6; — Cass^on^, 22 juin 1830, S. V. 1830, 1, 409; — Bourges, 2 juin 1831. S. V. 1832, 2, 120; — Cass^on^, 31 décembre 1833, S.V. 1834, 1, 404; — Montpellier, 1 mars 1833, S.V. 1837, 1, 234; — Limoges, 22 juillet 1873, S.V. 1873, 2, 180; — Un arrêt de la cour de cassation du 15 novembre 1875 (S.V. 1876, 1, 69) applique la solution que nous venons de développer aux comptes courants.

lité même des termes de notre texte (1); à toutes ces objections, nous répondrons : *quod non est nullum habet effectum, quod non est confirmari nequit.* Et d'ailleurs, quel point de départ donnerait-on à la prescription de dix ans? Serait-ce la date de la contre-lettre : mais la loi refuse de reconnaître une pareille convention, et aucune des époques déterminées par l'article 1304 ne peut s'appliquer à notre espèce (2).

Enfin, dans un contrat d'antichrèse le créancier a stipulé que par le seul défaut de paiement au terme convenu, il deviendrait propriétaire de l'immeuble ; là encore nous nous refusons à admettre que la prescription décennale puisse être opposée au débiteur qui ne réclamera son immeuble que plus de dix ans après l'échéance du terme, parce que la cause de la convention est prohibée par l'article 2088, et que la confirmation expresse ou tacite ne peut venir couvrir la nullité radicale qui entache la convention.

Section V.

DES CONDITIONS DE FORME.

Il est d'abord toute une série de conventions que nous pouvons ranger dans la classe de celles qui sont frappées d'une nullité absolue, ne donnant pas lieu, par conséquent, à l'application de notre article 1304. Ce sont les

(1) Delvincourt, V, p. 598 ; — Toullier, VII, n° 599 ; — *Revue de droit français et étranger*, année 1846, dissertation de M. Teyssier-Desforges, p. 608.

(2) Duranton, XII, n° 523 et 550 ; — Troplong, *de la vente*, I, n° 249 ; — Demante, *Programme d'un cours de Code civil*, II, n° 744 ; — Zachariæ, II, § 337, p. 440 ; — Marcadé, idem, V, p. 773 et 783 ; —Demolombe, idem, VI, n° 54 ; —*Revue de Droit*

conventions non revêtues des formes dont l'accomplissement est nécessaire, indispensable à leur existence même. Ainsi un contrat synallagmatique n'est point signé par l'une des parties qui a déclaré ne pas vouloir s'engager ; un acte portant donation, un contrat de mariage ou de constitution d'hypothèque sont rédigés sous-seings privés; un acte sous signatures privées et contenant des conventions synallagmatiques n'a point été rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, ou bien la formalité des doubles n'y est pas mentionnée ; le *bon pour ou approuvé* n'a pas été apposé par le débiteur dans un acte contenant un engagement unilatéral et non écrit en entier de sa main. Dans tous ces cas, il y a défaut de formes substantielles qui entache la convention d'un vice originaire et radical, et c'est par trente ans que se prescrira le droit d'en provoquer la nullité.

Mais en faut-il dire autant des obligations constatées dans un acte notarié, nul comme tel, ou dans un acte sous-seing, non signé par l'une des parties qui ne sait ou ne peut écrire ? On invoque pour soutenir la négative le rapport fait au Tribunat par Jaubert ; les nullités de forme peuvent se couvrir par le silence, y est-il dit ; le contrat qui en est entaché, étant susceptible de ratification expresse, peut donc faire l'objet d'une confirmation tacite et dès lors la prescription de l'article 1304, fermera le droit d'en provoquer l'annulation. D'ailleurs, la généralité des termes dans lesquels est conçu l'article 1338

français et étranger, année 1847, dissertation de M. Ballot ; — Cassation, 10 février 1846 ; S. V. 1846 ; 1, 118 ; — Paris, 5 décembre 1846. S. V. 1847, 2, 228 ; — idem, 10 mai 1847 ; S. V. 1848, 2, 147 ; — Cassation, 3 janvier 1849, S, V. 1849, 1, 282 ; — Rouen, 26 décembre 1850, S. V. 1851, 2, 97.

qui traite de la confirmation, ne permet point d'hésiter; l'obligation contenue dans un pareil acte, existe; elle est parfaitement valable; seulement l'acte, l'*instrumentum* ne pourra point servir, contre l'obligé, de preuve de l'obligation (1).

Mais de graves objections sont produites contre cette théorie et une jurisprudence imposante considère comme inexistants, et par conséquent, comme insusceptibles de ratification, les obligations affectées d'un des vices de forme que nous venons d'indiquer. Ce n'est point contre la convention elle-même qu'est dirigée l'action en nullité; c'est contre l'acte qui la contient, et l'article 1304 ne s'applique qu'à l'action poursuivie contre la convention. Et puis dans quel but présente-t-on un pareil acte? pour faire preuve de l'obligation; or, il ne peut servir de preuve puisqu'il ne remplit pas les conditions exigées pour produire un tel effet; c'est donc en tant que moyen de preuve qu'il est repoussé, et la forme qui lui manque ne lui sera pas donnée par un silence si prolongé qu'il soit, il n'est donc point susceptible de confirmation, partant, échappe à l'empire de l'article 1304.

C'est là que nous semble être la vérité, car ce système n'est que l'application pure et simple de la règle qui nous sert de guide dans toutes nos questions controversées.

(1) Locré, *Législation civile*, XII, p. 523 et 524, n° 24; — Merlin, *Questions de droit*, *verbo* Ratification, § 5, n° 3, qui a retracté l'opinion par lui émise dans ses conclusions à la suite desquelles a été rendu l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 mars 1812, ci-dessous rapporté;— Duranton, XII. n° 537,qui n'admet ce système que pour les nullités de formes dans les actes notariés; — Toullier, IV, n° 180, VIII, n° 518; — Cassation, 19 Décembre 1820, IV, 1822, 1, 198, — Pau, 17 décembre 1821, S. V. 1822, 2, 142; — idem, 4 février 1830, S. V. 1830, 2, 202; — Caen, 17 novembre 1853, S. V. 1857, 2. 757.

Nous devons faire remarquer, toutefois, que notre solution ne s'étendrait pas à l'inobservation des formes que la loi a prescrites pour certains actes juridiques concernant les incapables, ces formalités constituant en quelque sorte une des conditions de leur capacité personnelle. Nous avons vu que notre ancien droit ne s'y était pas trompé; nous avons, en effet, cité dans nos préliminaires historiques l'article 134 de l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539), aux termes duquel les actions en nullité fondées sur l'inobservation de ces formalités ne pouvaient être intentées par les mineurs après leur âge de trente-cinq ans *parfaits et accomplis*, c'est-à-dire après dix ans de majorité. Cela résulte non moins clairement de l'article 1311 (1). Nous allons approfondir davantage ce point de notre étude après la section de la lésion.

Section VI.

DE LA LÉSION.

Nous savons déjà ce qu'il faut entendre par lésion; c'est le préjudice qui résulte pour l'une des parties des obligations qu'elle contracte, quand on les compare à celles dont l'autre contractant est tenu envers elle. La lésion ne constituant pas un vice du consentement ne produira pas toujours une action en nullité ou en rescision du contrat; l'article 1118, nous l'apprend : *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes*... Quels sont ces contrats, quelles sont ces

(1) Art. 1311. Il (le mineur) n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en la forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution.

personnes ? la réponse est dans les articles 1305 et 1313. Ces personnes, ce sont les mineurs non émancipés, qui sont, pour simple lésion, restitués contre toutes sortes de conventions, les mineurs émancipés qui n'ont l'action en nullité ou en rescision pour lésion que contre toutes conventions excédant les bornes de leur capacité, enfin les majeurs qui ne peuvent exercer la même action que contre le partage, s'ils subissent une perte de plus d'un quart et contre la vente, si cette perte dépasse les sept douzièmes. Nous ne nous occuperons point ici de l'action en nullité pour lésion accordée aux majeurs, nous nous bornerons à l'étude de cette action en tant qu'elle constitue un privilège personnel aux mineurs.

α. *Mineurs non émancipés.* — La comparaison des articles 1311 et 1314 nous amène tout d'abord à une division qui va faciliter l'examen de la question que nous avons annoncée plus haut (1): la convention a été passée par le mineur seul ; la convention émane du tuteur agissant au nom du mineur.

Convention passée par le mineur seul. — De deux choses l'une ; ou l'acte n'est soumis à aucune formalité ou la loi dans l'intérêt du mineur a prescrit certaines conditions de formes.

Dans le premier cas, le mineur peut demander l'annulation de cette convention, s'il en résulte pour lui une lésion ; sa seule qualité de mineur ne suffirait pas pour le faire relever des engagements qu'il a contractés.

On soutient qu'une pareille convention ne doit produi-

(1) Art. 1311, voir supra ; — art. 1314. Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs... soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité.

re aucun effet par la raison que l'incapacité empêche l'engagement de se former ; si le créancier demande l'exécution du contrat, l'incapable pourra s'y opposer en opposant simplement sa qualité de mineur. L'article 1124 ne déclare-t-il pas l'incapacité du mineur ? Or, quand on proclame quelqu'un incapable de faire tel ou tel acte, ne veut-on pas dire que l'opération ne sera pas valable si celui qui n'avait pas le droit de la faire l'a néanmoins exécutée ?

Ce système a le tort de vouloir appliquer en droit français des règles qui depuis longtemps étaient rejetées de notre législation. Les auteurs qui le soutiennent se sont laissé entraîner par les idées romaines qui déclaraient effectivement nuls les contrats passés par les mineurs *sine tutoris auctoritate*, mais cela tenait à une particularité de la législation de Rome ; or si l'on veut bien pénétrer les motifs qui ont guidé le législateur français, on verra qu'il a cherché à concilier les intérêts des tiers et celui du mineur. S'il avait admis le système que nous combattons, il aurait mis l'une des parties à la discrétion de l'autre, il eût uniquement protégé le mineur. La loi s'est proposé d'assurer au mineur la conservation de son patrimoine, rien de plus ; on n'a pas entendu satisfaire tous ses caprices, lui permettre de faire anéantir ses contrats par cela seul qu'il est mineur ; on lui accorde une protection juste et nécessaire, mais seulement quand il prouve que ses intérêts sont lésés, que l'opération qu'il a faite diminue son patrimoine. Si nous consultons les travaux préparatoires du Code nous y voyons tous les rédacteurs proclamer la maxime *restituitur minor non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Bigot Préameneu s'exprimait ainsi : « Il résulte de l'incapacité » du mineur non émancipé qu'il suffit qu'il éprouve une

» lésion pour que son action soit fondée; s'il n'était pas » lésé il n'aurait pas d'intérêt à se pourvoir et la loi lui » serait même préjudiciable si, sous prétexte de l'incapa- » cité, un contrat qui lui est avantageux pouvait être » annulé. Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir » être lésé, non de ne pouvoir contracter, *restuitur minor* » *non tanquam minor sed tanquam lœsus.* » Le tribun Jaubert n'est pas moins formel dans son Exposé des motifs au Tribunat : « Il est bien vrai qu'en règle géné- » rale, un mineur est déclaré incapable de contracter ; » mais un mineur peut-être capable de discernement; le » lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un con- » trat passé avec un mineur. Voilà pourquoi la loi a dû » distinguer; s'il s'agit d'un mineur non émancipé, la » simple lésion donne lieu à la rescision en sa faveur, il » ne sera pas restitué comme mineur mais il pourra » l'être comme lésé. » Les textes mêmes qu'on invoque dans le système adverse ne sont pas aussi concluants qu'on semble le prétendre. Il est bien vrai que l'article 1124 frappe le mineur d'incapacité et que l'article 1108 fait rentrer la capacité dans les conditions essentielles d'un contrat valable; mais il y a aussi l'article 1125, aux termes duquel le mineur ne peut pas attaquer ses contrats pour cause d'incapacité en dehors des cas prévus par la loi; il est donc facile d'en conclure que la nullité du contrat ne doit pas être nécessairement prononcée pour le seul fait de minorité. Il y a aussi et surtout l'article 1305 qui ne permet au mineur d'invoquer sa minorité que s'il a éprouvé une lésion, et l'on ne saurait sérieusement soutenir que cet article ne s'applique pas aux actes passés par le mineur personnellement; les passages de l'Exposé des motifs que nous avons cités plus haut nous ont montré dans quel esprit il a été conçu et tous les

textes qui le précèdent et le suivent sont évidemment applicables à ces actes du mineur lui-même.

Cependant on insiste; l'article 509 assimile entièrement le mineur à l'interdit, donc l'article 502 qui déclare nuls de plein droit les actes de l'interdit passés postérieurement au jugement d'interdiction régit aussi les mineurs qui peuvent par suite fonder leur action en nullité sur la seule minorité. Bien plus, dit-on, si la loi n'avait voulu restituer que le mineur lésé, elle le laisserait sans protection contre les actes qui, sans diminuer son patrimoine, constituent cependant de sa part de véritables folies; ces engagements ne sont en effet ni rescindables pour lésion, puisqu'il n'y a pas lésion, ni réductibles, puisque seul le mineur émancipé pour lequel l'article 485 a été fait, obtient contre eux l'action en réduction.

Il suffit de lire l'article 509 en entier pour se convaincre que l'assimilation entre le mineur et l'interdit ne s'applique qu'à l'organisation de la tutelle, et la meilleure preuve qu'elle ne s'étend point aux engagements contractés par ces deux classes d'incapables c'est que l'article 1305 reste muet quant aux interdits. En ce qui concerne les actes de prodigalité ils seront parfaitement annulables pour lésion, car lésion doit s'entendre ici de tout préjudice occasionné au mineur : *minorem ex actu præsumi lœsum, ex quo ad eum nulla utilitas redundari potest, sed nonnisi damnun* (1).

(1) Brunemann, sur la loi I, Cod., *de in integrum restitutionibus*; — Exposé des motifs par Bigot-Préameneu, et Rapport au Tribunat, par Jaubert,— Locré, *Législation*, XII, p. 391, n° 174, et p.494, n° 61; — Proudhon et Valette, II, p. 489 et s.; — Duranton, X, n°s 280 à 288; — Belost-Jolimont sur Chabot, art. 783, observation 1; — Merlin, *Questions de droit*, verbo *hypothèque*, § 4, n° 3; — Larombière, IV, art. 1305, n° 11; — Demolombe, *Traité de la*

Mais (et c'est là le second cas que nous avons prévu) l'acte passé par le mineur seul était soumis à de certaines formalités. Le mineur pourra en demander la nullité; mais pourra-t-il s'appuyer uniquement sur l'inobservation des formes prescrites ou faudra-t-il, comme dans l'hypothèse précédente, qu'il justifie d'une lésion ? Nous pensons que le mineur n'aura ici qu'une preuve à faire : établir le vice dont le contrat s'est trouvé atteint au moment de sa formation. En effet, le législateur, en face de certains contrats fort dangereux pour la fortune du mineur, en présence d'actes qui exigent une grande connaissance des affaires et une habileté consommée, a prescrit des règles spéciales dont le but est de prévenir que ces contrats, que ces actes ne compromettent la fortune du mineur. Parmi ces opérations, citons les aliénations d'immeubles, les transactions, les compromis, les emprunts, les constitutions d'hypothèques. Ces règles de formes ont donc été établies, non pour la régularité de l'acte juridique considéré en lui-même, mais pour garantir, d'une manière plus efficace, le mineur, incapable de s'obliger ; aussi le législateur établit ici, en faveur du mineur qui fait une de ces opérations, une présomption légale de lésion, présomption fondée sur cette seule considération que les formalités qui devaient être respectées n'ont pas été observées. C'est là ce que signifie l'article 1311, quand il nous parle des *actes nuls en la forme*. Notre solution a pour elle l'autorité du droit romain, à compter du sénatusconsulte de Septime Sévère

minorité, I, n° 821 ; — Aubry et Rau, *op. cit.* IV, § 345, texte et notes; — Cassation, 18 juin 1844, S. V. 1844, I, 497 ; — idem, 8 août 1858, S. V. 1860, I, 460; — Rouen, 23 juillet 1859, S. V. 1859, 2, 630 ; — Cassation, 24 avril 1861, S. V. 1861, I, 625; — Paris, 18 juillet 1864, S. V. 1864, 2, 290;— Cassation, 1 juin 1870, S. V. 1870, 1, 387; — Nancy, 12 janvier 1815, S. V. 1875, 2, 52.

qui prohibait l'aliénation des immeubles du mineur, s'il n'y avait eu, au préalable, décret d'autorisation ; elle est conforme à notre ancienne jurisprudence qui avait entouré de précautions nombreuses la passation des divers contrats que nous avons énumérés ; c'est ainsi qu'elle prononçait la nullité des aliénations d'immeubles faite par des mineurs sans les formalités prescrites (1). Fidèles à ces traditions, les rédacteurs du Code ont exigé, pour de pareils actes, tantôt l'autorisation du conseil de famille, tantôt l'homologation de cette autorisation par justice. A quoi servirait la prévoyance de la loi, si la violation de toutes ces conditions ne suffisait pas à elle seule pour motiver la nullité de l'acte passé à leur mépris !

β. — *Convention passée par le tuteur.* — Nous examinerons ici aussi le cas où l'acte émanant du tuteur n'était soumis à aucune formalité et celui où la loi exige l'accomplissement de formalités spéciales.

Et d'abord l'acte n'exige aucune condition de forme spéciale ou bien il a été fait selon les formalités prescrites par la loi. Nous n'hésitons pas à penser qu'il sera inattaquable. En effet le tuteur est chargé de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile, il est son mandataire légal, et dès lors, conformément aux règles du mandat, le mineur est tenu d'exécuter les obligations contractées en son nom par son mandataire dans les limites des pouvoirs de ce dernier (2). La loi lui réserve d'ailleurs un recours contre le tuteur si l'acte passé par celui-ci lui occasionne une lésion (3). Ces principes sont consacrés

(1) Règlements du 9 avril 1630 et du 28 février 1722 ;—Pothier, *Vente*, n° 14 ; — Merlin, verbo *aliénation*, n° 5, et verbo *transaction*, n° 1 ; — Lapeyrère, M.... règle 33 ; — Baquet, chap. 30, n° 14.

(2) Article 1998 C.C. ; — Cassation, 8 juin 1859, S.V. 1859, 1, 567.

(3) Articles 450 et 1992 C. C.

dans plusieurs textes du Code ; c'est ainsi que la donation faite au mineur aura, à son égard, le même effet qu'à l'égard du majeur, si elle a été acceptée par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille (art. 463) ; lorsque les formalités requises à l'égard du mineur soit pour l'aliénation d'immeubles, soit pour un partage de succession ont été remplies, il est, relativement à ces actes, considéré comme s'il les avait faits en majorité (art. 1314), etc. Et puis l'intérêt du mineur commande lui-même que la voie en nullité ne lui soit point ouverte contre des actes aussi réguliers; quels sont les tiers, en effet, qui se montreront soucieux de traiter avec le tuteur, si le mineur peut, dans la suite, venir arguer d'une lésion, peut-être minime, et les inquiéter. L'argument que nous avons puisé plus haut, dans l'article 1305, vient encore appuyer notre solution. En accordant au mineur une action en rescision pour cause de lésion contre toutes sortes de conventions, cet article n'a certainement pas eu en vue les conventions passées par le tuteur, car dans la seconde disposition, qui se lie intimement avec la première, il ne parle que des conventions du mineur émancipé, qui excèdent les bornes de la capacité de ce dernier, c'est-à-dire de celles où n'a point figuré le curateur. Mais il y a mieux: en gardant le silence sur les interdits, cet article montre clairement qu'il ne prévoit point les actes qui émanent du tuteur ; autrement il aurait placé l'interdit sur la même ligne que le mineur comme le font des textes suivants (1). Enfin les mineurs ne sont pas restituables contre les conséquences des omissions et des négligences de leurs tuteurs (2); comprendrait-on qu'ils puissent obtenir

(1) Articles 1312 et 1314 C. C.
(2) Articles 942, 1070, 1074, 1663, 2195 et 2278 C. C.

le bénéfice de cette restitution contre les actes passés par ces derniers dans les limites de leurs pouvoirs ! Nous estimons donc qu'on doit généraliser la disposition de l'article 1314 et l'étendre à tous les actes régulièrement faits par le tuteur (1).

Cette théorie n'est pas admise par Toullier (2) qui soutient que le mineur a toujours dans notre hypothèse une action en nullité ou en rescision pour cause de lésion. D'après cet auteur, la généralité des termes de l'article 1305 qui accorde au mineur non émancipé une action en rescision pour lésion contre toutes conventions ne peut prêter à équivoque; ce n'est que par exception que la loi enlève cette action au mineur, notamment dans l'article 1314 pour les aliénations d'immeubles et les partages et dans l'article 2052 pour la transaction lorsque ces opérations ont été régulièrement faites. Nous ne voulons proposer, après l'exposé que nous avons fait du système que nous adoptons, qu'une seule critique à l'avis de Toullier. Il n'y a pas lieu, selon nous, de tirer argument de ce que la loi n'a enlevé que dans quelques textes au mineur, en termes formels, l'action en rescision contre les actes régulièrement faits par son tuteur ; le législateur s'est expressément exprimé sur le refus de cette action pour les cas où l'ancien droit l'admettait ; pour tous les autres, il a consacré l'ancienne jurisprudence qui voulait avant tout

(1) Delvincourt, II p. 173 ; — Duranton, X, n° 279 et s.; — Colmet de Santerre, V, n° 270 bis, II ; — Bocheux, VII p. 27 ; — Marcadé, IV, art. 1305, p. 663 et suiv.; — Aubry et Rau, idem, § 335, texte et note 4 ; — Laurent, *Principes de droit civil*, V, n° 101 ; — Demolombe, *Traité de la minorité*, I, n. 822 ; — Alger, 17 mars 1874, S. V. 1875, 2, 52.

(2) Toullier, VI, 106 et VII, 573 ; — Troplong, *Vente*, I, n° 166 *Privilèges et hypothèques*, II, 488 et s.

que les tiers fussent garantis, quand ils ont valablement traité avec le tuteur, et la même préoccupation se manifeste chez les rédacteurs dans les travaux préparatoires du Code (1).

M. Demante (2) produit enfin à l'appui de ce second système, un argument qu'il tire de l'article 481 du Code de procédure civile, aux termes duquel la voie de la requête civile est ouverte aux mineurs qui n'ont pas été défendus ou qui ne l'ont pas été valablement. Mais ce même moyen est accordé aux personnes morales ou civiles, qui n'ont point cependant, le droit de provoquer la nullité pour lésion des actes régulièrement passés en leur nom par les administrateurs qui les représentent ; c'est bien le moins qu'il en soit de même pour le mineur.

Supposons, maintenant, que l'acte, soumis par la loi à des formalités spéciales dans l'intérêt du mineur, ait été fait sans l'accomplissement de ces formalités ; pour nous, il est entaché de nullité, indépendamment de toute lésion. Dans ce cas, le tuteur, mandataire du mineur, a excédé ses pouvoirs, et l'engagement qu'il a souscrit ainsi au nom de son mandant, ne saurait lier celui-ci qui peut provoquer la nullité de la convention ; l'action sera alors prescriptible par dix ans.

Ce système, auquel nous nous rangeons, est loin d'être admis par tous les auteurs et même par la jurisprudence. On soutient, en effet, que s'il est vrai que l'acte passé par le tuteur au mépris des formalités requises est nul, l'action dont est pourvu le mineur ne se prescrit que par trente ans, conformément aux dispositions de l'article 2262.

(1) *Exposé des motifs*, par Jaubert. Il faut que l'intérêt des tiers soit garanti, quand les tiers ont suivi les formes prescrites par la loi.

(2) Demante, *Cours analytique*, V, nos 269 et 270.

Supposons une vente d'un des immeubles du mineur, consentie sans l'observation des formes édictées par la loi. Nous savons qu'aux termes de l'article 450 du Code civil, le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile ; mais cela n'est vrai qu'autant qu'il se conforme à son mandat, car si les engagements pris par le mandataire produisent leurs effets contre le mandant, ce n'est, aux termes de l'article 1998, que si le premier a agi dans les limites du pouvoir qui lui est confié ; donc, en droit commun, le mandant peut demander la nullité des actes passés par le mandataire, lorsque celui-ci a contrevenu aux conditions du mandat ; or, puisqu'on admet que les règles du mandat sont applicables dans les rapports de tuteur à pupille, on ne saurait faire à ce dernier une position moins favorable qu'au mandant majeur, alors surtout que la loi veille avec une sollicitude toute particulière sur celui que son âge rend inhabile à pourvoir lui-même à la conservation de sa fortune. En définitive, le tuteur qui vend un immeuble du mineur sans observer les formalités requises, est, vis-à-vis de son pupille, un véritable étranger qui vend la chose d'autrui. Conséquemment, le mineur n'a jamais cessé d'être propriétaire de l'immeuble ; il peut le revendiquer contre tout tiers détenteur, et l'action en revendication ne se prescrit, on le sait, que par trente ans ; l'article 1304 est donc ici sans application.

Cet argument ne nous séduit pas, et nous ne tirons pas des principes du mandat les mêmes conséquences que les auteurs du système précédent ; ce qui est vrai du mandataire conventionnel ne saurait s'appliquer au mandataire légal, qui représente le mineur dans tous les actes de la vie civile ; c'est toujours le mineur qui est censé agir par l'intermédiaire de son tuteur ; mais, dans l'espèce qui nous occupe, le tuteur ayant fait un acte irrégulier, le

pupille est armé contre cet acte d'une action en nullité, qui, selon les règles de notre matière, est soumise à la prescription de dix ans, puisque la vente est réputée faite par le mineur lui-même.

L'article 134 de l'ordonnance de 1539 et notre ancienne jurisprudence décidaient que le tuteur ne pouvait aliéner les immeubles du mineur, si bien que celui-ci n'avait pas à recourir aux lettres de rescision pour rentrer en possession ; il avait le droit d'agir en revendication pendant trente ans, aucune translation de propriété ne s'étant opérée. Or, l'article 1304 n'est que la reproduction de l'article 135 de l'ordonnance de 1539 ; il ne saurait donc s'appliquer à un acte dépourvu de toute existence juridique. Si l'on ôte à l'article 1304 ce pouvoir d'atteindre les actes irrégulièrement faits par le tuteur, on lui retire toute utilité ; on en fait une disposition sans objet, attendu qu'il sera bien rare de voir un tiers traitant directement avec le mineur pour une opération rentrant dans les pouvoirs du tuteur ; or, comme la vente consentie par le tuteur avec les formes voulues est parfaitement valable, il faut bien que celle qui ne remplit pas ces conditions tombe sous l'application de l'article 1304 ; autrement, nous le répétons, il constituerait, en ce qui concerne les mineurs, une véritable inutilité. Et puis la nullité qui affecte cette vente irrégulière ne peut être que relative, puisqu'elle est fondée sur un défaut de formes prescrites dans l'intérêt exclusif du mineur ; lui seul pourrait donc la proposer. Et pourtant, si l'on admet le système contraire, l'acquéreur pourrait s'en prévaloir aussi. Cette conséquence n'est-elle point la ruine de cette opinion ? (1).

(1) Marcadé, IV, art. 1311, n° 2 ; — Aubry et Rau, *idem*, IV § 339, texte et note 13 ; — Larombière, IV, art. 1304, n° 6 ; — Paris, 2 novembre 1840, S.V. 1841, 2, 134 ; — Rouen, 17 Janvier

Il est à peine besoin de dire que notre théorie ne s'appliquerait point au cas où les immeubles du pupille auraient été vendus par un tiers, ou même par le tuteur agissant en son propre nom, les motifs que nous avons indiqués à l'appui de notre solution n'existant plus pour repousser la prescription trentenaire à laquelle serait soumis l'exercice de l'action en nullité (1).

Il peut se faire que le mineur ait figuré lui-même dans un contrat, qu'il y ait personnellement discuté ses intérêts ou souscrit des engagements, mais avec le consentement de son tuteur ; le contrat est définitif, si l'acte était dispensé de formalités spéciales, ou si les formalités requises ont été remplies. En effet, le tuteur mandataire légal du pupille, au lieu de figurer en personne dans l'opération, au lieu de se produire comme contradicteur effectif charge ainsi une autre personne de le remplacer. Il ne disparaît donc pas tout à fait ; la personne physique ne se montre pas, la personne juridique est là pour répondre des conséquences de l'opération, pour en supporter le résultat. Il importe peu que celui qui a été chargé de traiter au lieu et place du tuteur soit celui dans l'intérêt duquel le contrat a été fait, chacun est libre de se faire représenter par qui bon lui semble. De là il résulte que le mineur

1846, S. V, 1847, 2, 351 ; — Bordeaux, 8 juillet 1863, S. V. 1863, 2, 268 ; — Cass^{on} 14 Novembre 1826 et 25 Novembre 1835, S. V. 1836, 1, 130 ; — *idem*, 7 Juillet, 1851, S. V. 1852, 1, 364 ; — *idem* 20 Novembre 1870, S. V. 1870, 2, 1 ; — *idem*, 7 Mars 1876, S. V, 1876, 1, 291.

Contrà : Duranton, III, n° 598 ; X, n° 282, et XII n° 545 ; — Douai, 24 Août 1839 ; — Bordeaux, 21 Avril 1858, S. V. 1858, 2, 305.

(1) Larombière, idem ; — Cassation, 8 décembre 1813, S. V. 1814, 1, 213; — idem, 14 novembre 1826, S. V. 1827, 1, 306; — Bordeaux, 21 avril 1858, S. V. 1858, 2, 305.

n'ayant traité que comme mandataire de son tuteur, l'acte est présumé émaner de ce dernier, et comme les engagements régulièrement passés par le tuteur sont définitifs, irrévocables, le pupille dans cette hypothèse n'est pas admis à en demander la rescision. Mais nous avons établi plus haut que le tuteur n'oblige le mineur que s'il n'a pas outrepassé ses pouvoirs, s'il est resté dans le cercle de ses attributions; si donc l'opération passée par le mineur, avec le consentement de son tuteur, était une de celles pour lesquelles la loi exige l'observation de formalités spéciales, il faudrait décider que non-seulement le mineur pourrait, comme dans le cas précédent, se retourner contre son représentant légal, pour lui demander la réparation du dommage qu'il a éprouvé, mais qu'il serait fondé à attaquer les tiers, parties au contrat, et à demander contre eux la nullité pour vice de forme, indépendamment de toute lésion. Nulle part dans la loi on ne trouve un texte duquel on puisse conclure que la vente, la concession d'hypothèque, etc., seraient valablement consenties par le tuteur et le mineur réunis ; nulle part on ne dit que les précautions prises par la loi puissent être remplacées par l'autorisation du tuteur, et cela ne pouvait être, puisque le tuteur lui-même était soumis à l'observation de ces formalités. « On pourrait presque dire que l'acte est deux fois annu» lable, et du chef du mineur, et du chef du tuteur puis» que ni l'un ni l'autre ne pouvait le faire valablement, » sans observer les formes requises par la loi » (1).

β. — *Mineurs émancipés* — Le mineur émancipé reçoit de la loi une certaine capacité qui lui permet de faire seul certains actes. En combinant les articles 481 et 484 on arrive à cette constatation que le bénéfice de

(1) Demolombe, *Traité des contrats*, VI, n° 97.

l'émancipation octroye au mineur le droit d'administrer lui-même son patrimoine et par conséquent de passer seul toutes les conventions ayant le caractère d'actes d'administration ; de telle sorte qu'à ce point de vue il n'est restituable que dans les cas où un majeur le serait lui-même. Toutefois, l'article 484 ouvre au profit du mineur émancipé une action en réduction lorsque ses engagements sont excessifs. Pour certains actes plus importants que ceux qui rentrent dans l'administration pure, sans être cependant aussi graves que ceux qui pourraient compromettre la fortune du mineur, la loi exige que, pour les passer, le mineur émancipé soit assisté d'un curateur. Ces actes sont prévus et indiqués par l'article 482 du Code civil, et il nous semble résulter de la combinaison de cet article avec l'article 1305 que quand le curateur aura figuré à leur passation, ces contrats seront définitifs et que le mineur ne sera pas admis à se plaindre, sauf à lui à recourir contre le curateur qui n'a pas eu assez de clairvoyance pour l'empêcher de faire un contrat désavantageux ; notre solution n'est que l'application pure et simple des principes généraux du droit (1).

On a cependant proposé une autre interprétation de l'article 1305, et donné par là même une action en rescision pour lésion contre les actes dont nous venons de parler, passés par le mineur assisté de son curateur. L'article 1305, a-t-on dit, dispose que la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur émancipé contre toutes les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ; par là, l'article 1305 a

(1) Duranton, III, 692, X, 289;— Colmet de Santerre, V, 270 bis, nos 18 et 19; — Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 335, note 8.

voulu évidemment parler de la capacité du mineur telle qu'elle est fixée par l'article 481, de celle qui l'assimile au majeur pour tous les actes de sage administration (1).

Nous ne saurions admettre que la disposition de l'article 1305 concernant le mineur émancipé restreigne à ce point la capacité du mineur ; ce n'est pas à l'article 481 que l'on nous renvoie, c'est à l'ensemble des règles contenues au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation; or nous savons, par ces règles, que le mineur émancipé, assisté de son curateur, dans les actes qui réclament cette assistance, agit en pleine capacité; pourquoi donc pourrait-il se faire restituer contre eux plutôt que contre les simples actes d'administration ; les termes généraux du texte repoussent toute distinction.

Supposons que le mineur émancipé voulant se débarrasser de toute entrave ou craignant simplement que son surveillant légal lui refuse l'autorisation qui lui est nécessaire, contracte seul ; il se trouve alors dans la position du mineur ordinaire qui a fait un acte que son tuteur aurait dû faire ; par conséquent, il pourra demander la rescision de cet engagement, en se fondant sur la lésion qu'il éprouve. C'est ce qui résulte clairement de la disposition de l'article 1305 ; le parallèle établi entre les deux espèces de mineurs montre jusqu'à l'évidence l'exactitude de cette solution. Quelle que soit la nature du contrat, quel que soit son objet, l'action peut être intentée « contre » toutes sortes de conventions qui excèdent les bornes de » sa capacité » (2).

Enfin, si le mineur émancipé passe seul ou avec l'assis-

(1) Demante, *Programme*, II, 781 et 782.

(2) Paris, 10 Juillet 1864, S. V. 1864, 2, 290 ; — Cassation, 24 Avril 1861, S. V. 1861, 1, 625.

tance de son curateur, mais sans se conformer à la loi, un acte pour lequel des formes spéciales ont été édictées, la nullité de l'engagement pourra être demandée, indépendamment de toute lésion, pour vice de forme; car en soumettant certains contrats aux mêmes formalités que ceux intéressant les mineurs non émancipés, le législateur a voulu assurer une protection aussi complète au mineur, à qui on a confié la gestion de sa fortune, sans quoi cette assimilation n'aurait aucun fondement véritable, ne pourrait se justifier ni en droit ni en raison. Du reste, la simple combinaison des articles 1305 à 1311 nous dicte la solution : après avoir, dans l'article 1305, mis en présence les deux mineurs, la loi s'occupe des deux à la fois dans le reste de la section. Nous renvoyons au surplus à ce que nous avons dit en étudiant la même question au sujet du mineur non émancipé.

Il ne saurait être sérieusement contesté que la preuve de la lésion ou du vice de forme incombe au mineur qui intente l'action en nullité ou en rescision. Ainsi l'exigent les principes généraux du droit et même les textes. En effet, il est une règle générale que nous avons empruntée au droit romain et à notre ancienne législation et qui se formule en ces termes : *ei qui dicit incumbit onus probandi*. La charge de la preuve incombe au demandeur : que si le créancier poursuit contre le mineur l'exécution de l'engagement dont il justifie l'existence, celui-ci pourra établir que ces relations de créancier à débiteur ne sont qu'apparentes ; *reus excipiendo fit actor*. Ce n'est pas, à vrai dire, que le mineur devienne ainsi demandeur, il conserve toujours sa qualité de défendeur, mais il élève une prétention, il prend un rôle actif, il doit justifier de

l'existence de la lésion, ou de l'absence des formes prescrites (1).

Cependant on soutient, dans une autre opinion, que l'article 1241 résiste à une pareille solution ; aux termes de cet article, lorqu'un paiement a été fait à un créancier incapable de recevoir, c'est au débiteur de prouver, pour n'être point obligé de payer deux fois, que la chose a tourné au profit du créancier ; donc, dit-on, le mineur n'a qu'une chose à prouver, sa qualité de mineur ; et le fait de la minorité est suffisant pour mettre à la charge du contradicteur la preuve que le contrat lui a procuré un enrichissement. C'est, comme on le voit, le contrepied de notre théorie et le bouleversement des principes généraux admis en matière de preuve. Mais l'article 1241 n'a pas la portée qu'on lui prête ; il statue sur le paiement fait par le débiteur à son créancier mineur, le paiement n'est pas valable si le créancier était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier; il ne s'applique donc point à notre question, puisqu'il ne s'agit point dans l'espèce qu'il prévoit d'un engagement pris par un mineur, mais bien d'une dette payée à un incapable. Bien loin de demander l'annulation du contrat, la rescision du paiement, le mineur exige une seconde exécution du contrat, un nouveau paiement et par dérogation aux règles ordinaires, la loi met la charge de la preuve au compte du débiteur, pour éviter que le mineur n'ose point l'actionner en justice, s'il est obligé de prouver que l'argent qui lui a été remis ne lui a point profité. L'article

(1) Delvincourt, II, p. 582 et 583 ; — Villequez, *Revue historique*, 1861, VII, p. 36 et 37 ; — Aubry et Rau, *idem*, IV, § 335, texte et note 10 ; — Demolombe, *idem*, VI, n° 99.

1241 constitue donc une exception qu'il ne faut point généraliser.

Mais il est possible que ceux contre lesquels il demande l'annulation de ses engagements ne soient pas convaincus de l'existence réelle de ce préjudice; il peut se faire qu'ils soient certains que le mineur a retiré des avantages du contrat; ils pourront alors administrer la preuve contraire en vertu de notre adage *reus excipiendo fit actor* (1).

Peu importe d'ailleurs que la lésion dont justifie le mineur, résulte de l'acte attaqué, ou s'y rattache comme une conséquence qui pouvait être prévue d'après le cours ordinaire des choses; ainsi le mineur a dissipé le prix d'un objet mobilier qu'il avait vendu à sa juste valeur, cette dissipation du prix le constitue en perte et suffit pour ouvrir la voie de l'action en nullité ou en rescision. Cette observation résulte implicitement de l'article 1306, aux termes duquel le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.

Cette restriction apportée par notre article au droit du mineur est de toute équité. La loi protège le mineur contre les conséquences des contrats par lui passés en minorité, en se basant sur son incapacité présumée, sur son ignorance des affaires; mais elle ne pouvait lui procurer le moyen de réparer le préjudice éprouvé pour une cause étrangère à la faiblesse de ses facultés intellectuelles. Et puis, si le mineur peut attaquer ceux qui ont traité avec lui, c'est qu'il y a contre eux une présomption en vertu de

(1) Cassation, 26 novembre 1861, S. V. 1862, 1, 178 ; — idem 1 juin 1870, S. V. 1870, 1, 387 ; — Nancy, 12 janvier 1875, S. V. 1875, 2, 52.

laquelle ils sont considérés comme ayant voulu exploiter la situation du mineur, ou tout au moins, comme ayant cherché à profiter de son inexpérience; il y a de leur part, sinon fraude, au moins faute grave, dont ils doivent subir toutes les conséquences. Mais si le dommage éprouvé par le mineur résulte d'un cas fortuit, d'un évènement de force majeure, qui aurait fatalement frappé le majeur comme le mineur lui-même, alors nos deux présomptions disparaissent; chacun doit supporter les coups du sort.

L'article 1307, qui dispose que la *simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution*, nous montre bien que les mesures de protection édictées en faveur des mineurs ont leur justification dans cette idée que les tiers pourraient chercher à profiter de leur faiblesse pour les exploiter. En effet, si l'article 1307 n'existait pas, il suffirait au majeur qui traite avec un incapable de lui faire déclarer dans l'acte qu'il a atteint l'âge où la loi permet de contracter, et le mineur se trouverait ainsi privé des mesures protectrices que la loi a créées pour lui. Mais entendons-nous bien, le texte ne vise que la simple déclaration de majorité; par suite, le mineur qui aurait recours à des manœuvres frauduleuses, pour faire croire à sa majorité, en présentant par exemple, un titre constatant sa capacité, ne pourrait être restitué contre les obligations contractées en cette circonstance (1); ce n'est, d'ailleurs, là qu'une application pure et simple de l'article 1310, qui ne lui donne aucun recours contre les obligations résultant de ses délits et de ses quasi-délits. En effet, *malitia supplet ætatem* et au

(1) Demolombe, idem, nos 107, 108 et 109; — Aubry et Rau, idem, § 335, texte et note 18.

point de vue pénal, la loi a pensé qu'à seize ans l'homme a atteint un développement physique et intellectuel assez complet pour qu'on puisse le déclarer responsable des fautes dont il se rend coupable. Ici la loi doit être prise à la lettre; nous sommes, en effet, en présence d'une exception, il faut donc l'interpréter restrictivement. Ce n'est que pour les obligations résultant du délit ou du quasi-délit lui-même que l'action en rescision est refusée ; si donc une transaction était intervenue entre le mineur et la victime, l'article 1310 ne devrait pas recevoir son application et l'incapable pourrait parfaitement demander au juge l'annulation de la transaction faite sans suivre les formes; de même le mineur serait restituable contre l'aveu qu'il aurait fait d'un délit ou d'un quasi-délit (1). Mais il ne faudrait pas étendre outre mesure l'application de l'article 1310 sous peine de rendre illusoires les prescriptions de l'article 1305 et d'enlever au mineur le bénéfice que la loi a voulu lui conférer; les juges auront donc toujours un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si les faits constitutifs du délit ou du quasi-délit tiennent plus à une intention mauvaise qu'à l'inexpérience et à la faiblesse du mineur, et selon les circonstances ils accorderont ou refuseront la restitution. C'est ainsi que dans un arrêt du 19 février 1856, la cour de cassation a restitué un mineur contre les effets de la souscription d'une lettre de change (ou plutôt d'un billet à ordre) énonçant une fausse cause, parce que rien dans la cause ne révélait qu'il eût cherché un bénéfice illicite, ou qu'il eût

(1) Delvincourt, II, p. 584; — Larombière, IV, art. 1310, §§ 6 et 7; — Aubry et Rau, idem, § 336, texte et note 23; — Demolombe, idem, nos 14 et 16.

agi avec intention de fraude ou de tromperie (*1*); tandis que dans nn arrêt récent, elle applique l'article 1310 en raison de ce que, dans l'espèce à elle soumise, il y avait manifestement chez le mineur une intention de fraude qui le rendrait indigne de recevoir la protection de l'article 1304 (2); il s'agissait d'un mineur qui avait pris part à la gestion frauduleuse d'une succession pour laquelle un compte était dû aux héritiers réservataires.

Enfin, le mineur ne pourrait être restitué :

1° Contre les obligations qui se forment malgré l'incapacité de l'obligé; telle une obligation qui résulte de la loi elle-même; telle une obligation procédant du fait d'autrui. C'est ainsi que le *dominus* mineur doit rembourser, à concurrence de son enrichissement, au gérant d'affaires, les sommes que celui-ci a déboursées pour lui;

2° Contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art, s'il est commerçant, banquier ou artisan (article 1308). Il ne s'agit évidemment ici que du mineur émancipé autorisé à faire le commerce, car notre texte n'est que l'application, ou mieux la conséquence de l'article 487, aux termes duquel le *mineur émancipé, qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce.*

3° Contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec l'assistance de ceux dont le consentement était requis pour la validité de son mariage. (Art. 1309)(3).

(1) Cassation, 19 février 1856, S. V. 56, 1, 301.

(2) Cassation, 5 juin 1877, S. V. 1877, 1, 308; — Voir aussi : Cassation, 23 avril 1857, S. V. 1857, 1, 610; — Nimes,5 novembre 1863, S. V. 1863, 2, 256; — Rouen, 26 avril 1875. S. V. 1875, 2, 168.

(3) Voir également articles 1095 et 1098.

En ouvrant la voie de l'action en nullité ou en rescision aux mineurs pour simple lésion, le Code n'a point déterminé de quelle importance devait être le préjudice souffert pour rendre recevable la plainte; l'article 1305 indique assez par lui-même qu'il suffit d'une lésion quelconque, et dans son rapport au Tribunat, Jaubert disait qu'il appartiendrait au juge d'apprécier, d'après les circonstances, si le dommage subi par le mineur est suffisant pour prononcer la rescision sollicitée; il était d'ailleurs assez difficile d'adopter une base, comme on l'a fait pour les majeurs, aux cas de vente et de partage, car le mineur peut être considéré comme lésé, alors même qu'il n'éprouve aucune diminution de patrimoine, si l'acte qu'il a passé l'expose à des embarras ou à un procès (1).

(2) Cassation, 8 août, 1859, S. V. 1860, 1, 640; — idem, 24 avril 1861, S. V. 1861, 1, 625.

CHAPITRE II

EXAMEN DE PLUSIEURS CAS, OÙ IL Y A CONTROVERSE SUR LE POINT DE SAVOIR SI L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION EST OUVERTE

Dans le chapitre précédent nous avons étudié les cas où il y a ouverture de l'action en nullité ou en rescision pour violation des conditions de forme ou de fond des conventions ; il nous faut maintenant parcourir quelques questions controversées sur des hypothèses spéciales.

A. — Et, d'abord, on se demande si l'action en nullité est donnée seulement contre les conventions dérivant des contrats, ou si elle peut être étendue à tous les actes quelconques constituant un accord exprès ou tacite des parties, comme une acceptation ou une répudiation de succession, un paiement, une quittance.

Marcadé prétend que l'article 1304 ne se prête point à cette extension, car ni l'acceptation ni la répudiation d'une succession, ni le paiement, ni la quittance ne constituent des conventions ; or l'article 1304 n'applique ses disposi-

tions exceptionnelles qu'aux conventions ; donc l'action en nullité ou en rescision introduite contre ces sortes d'actes dure trente ans. Il n'est pas difficile de faire voir que cette opinion est erronée, car si nous nous reportons aux Ordonnances de 1510 et de 1535, qui ont évidemment fourni à notre droit l'action en nullité, nous y voyons qu'elles l'appliquaient à toutes rescisions de contrats, *distracts* ou autres actes quelconques, et par *distracts*, il faut entendre non point les obligations qui dérivent seulement *ex contractu*, mais aussi celles qui naissent *quasi ex contractu*, c'est-à-dire en dehors de toute convention. De plus, l'article 1304 lui-même emploie dans son texte le mot actes, et il est nombre d'actes de volonté qui produisent entre les parties un lien de droit tout comme s'il y avait eu convention (1).

B. — Nous avons, dès le début, posé comme règle que l'action en nullité ou en rescision ne pouvait s'appliquer qu'aux conventions susceptibles de confirmation, de ratification ; la réciproque est-elle vraie, et toute convention qui peut être confirmée donne-t-elle nécessairement ouverture à cette action ? Nous avons déjà répondu négativement ; et sans reproduire les arguments que nous avons déjà fournis à l'appui de notre solution, nous allons la fortifier ici. Une personne a fait une donation nulle en la forme ; aux termes de l'article 1339, elle ne peut la confirmer ; l'acte qu'elle a fait n'a point d'existence juridique, *quod non est confirmari nequit*. Mais l'article 1340 confère aux héritiers du donateur le droit de ratifier cette donation ; en faut-il conclure que si pendant dix ans, à compter du décès du donateur, les héritiers n'intentent pas

(1) Demolombe, idem, n° 40 ; — Aubry et Rau, idem, § 339, texte et notes 14, 15 et 16 ; — Larombière, idem, IV, art. 1304, n° 61.

leur action en nullité, leur droit sera éteint? Non, évidemment; car, ne l'oublions pas, l'article 1304 ne s'applique qu'aux conventions (que nous prenons, cela va sans dire, dans l'acception étendue que nous venons de lui reconnaître); il s'ensuit qu'il ne peut être question d'action en nullité ou en rescision qu'entre les parties liées *contractu vel quasi contractu*; or, ici, ce ne sont pas les héritiers qui ont contracté avec le donataire; du chef de leur auteur, ils ne peuvent pas intenter cette action, puisqu'elle ne lui appartenait pas; ils sont donc, à cet égard, des tiers sans droit; s'ils agissent, c'est en leur propre nom, et alors ils retombent sous l'application du droit commun; ils ont trente ans pour invoquer la nullité de la donation (1). C'est pour le même motif que nous pensons que l'action paulienne, créée par l'article 1167 au profit des créanciers contre les actes frauduleux de leurs débiteurs, est soumise, non à la prescription de dix ans de notre article 1304, mais à celle de trente ans consacrée par l'article 2262 (2).

C. — Il est toute une catégorie d'actions qui nous paraissent échapper à l'empire de l'article 1304; ce sont celles qui sont dirigées contre des conventions ou actes de l'état civil, telles les actions en annulation de mariage, d'adoption ou de reconnaissance d'enfant naturel. La place occupée par cet article nous montre assez clairement qu'il ne saurait concerner que les actions relatives au patrimoine, et d'ailleurs le Code a traité sous des titres diffé-

(1) Marcadé, idem, art. 1340, n° 3; — Aubry et Rau, idem, § 339; — Demolombe, idem, n° 121.

Contrà: Troplong, Des donations, III, 1086; — Cassation, 5 mai 1862, sv. 1862, 1, 561: — Lyon, 20 août 1869, S. V. 1870, 2, 124.

(2) Aubry et Rau, idem;— Demolombe, idem.

rents de chacune de ces matières si importantes qui intéressent l'état des personnes, et y a développé toutes les règles relatives aux actions qui en dérivent.

D. — Enfin l'article 1304 n'est applicable qu'aux actions qui constituent des demandes en nullité ou en rescision proprement dites ; quelque analogie que puissent avoir avec elles certaines autres actions que nous allons énumérer brièvement, ces dernières sont soumises aux règles de la prescription du droit commun, tant qu'elles ne reposeront point sur un des vices qui résultent de l'absence des conditions exigées pour la validité des conventions, et dont l'étude a fait l'objet du précédent chapitre. Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de s'étonner si, malgré la similitude qui existe entre les actions en nullité ou en rescision et les actions en résolution ou en résiliation de contrats, en répétition de l'indu, en rectification de compte, etc., la même prescription ne leur est pas appliquée; c'est que les premières, dérivant de l'*in integrum restitutio* des Romains, ont emprunté à cette institution son principal caractère, puisque, comme elle, elles constituent une dérogation aux principes généraux (1).

(1) Aubry et Rau. idem, § 339 et notes ; — Demolombe, idem, nos 122 et suivants.

CHAPITRE III

DURÉE DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

Nous savons déjà que la durée fixée par l'article 1304 aux actions en nullité ou en rescision est de dix ans, sauf dans les cas exceptionnels où la loi l'a limitée à un moindre temps; nous ne nous occuperons ici que de la prescription décennale, celle qui forme le droit commun de l'action dont nous traitons.

Et dès l'instant, nous nous heurtons à une difficulté qui divise encore étrangement la doctrine. Le délai de dix ans dans lequel doit être exercée l'action en nullité ou en rescision est-il un délai préfixe et invariable, qui ne peut faire l'objet d'aucune suspension, d'aucune interruption, emportant fatalement et nécessairement déchéance contre celui qui l'aura laissé passer sans agir; ou bien constitue-t-il une véritable prescription, susceptible par suite de suspension ou d'interruption? Nous estimons, en ce qui

nous concerne, que nous nous trouvons en présence d'une prescription.

Mais, dit-on, la preuve que l'article 1304 entend parler, non d'une prescription, mais d'un délai préfixe et invariable, c'est que le législateur s'est bien gardé d'insérer, dans le texte, le mot de prescription; il y a mieux, puisque dans le corps de l'article il est question d'incapables qui peuvent exercer cette action, il semble que s'il s'était agi d'une prescription, on n'eût pas manqué de dire que s'il advenait qu'un mineur devînt l'héritier d'une personne nantie de l'action en nullité et décédant encore investie du droit de l'intenter, le délai serait, quant à cet héritier mineur, suspendu jusqu'à sa majorité : eh bien ! non ; l'article 1304 s'occupe bien du mineur et de l'interdit, quand il détermine la durée de l'action, mais c'est uniquement pour fixer le point de départ du délai dans lequel ce mineur, cet interdit doit agir, lorsqu'il est de son propre chef, armé de l'action en nullité ou en rescision.

C'est peut-être pousser un peu loin l'exigence et le formalisme que de ne vouloir considérer comme prescription que ce que la loi dénomme de cette manière; mais qu'est-ce donc qu'une prescription ? l'article 2219 nous le dit ; c'est un moyen de se libérer ou d'acquérir par un certain laps de temps. Or pour la personne qui est exposée à une action en nullité ou en rescision, le laps de dix ans consacré par notre texte est un moyen de se libérer de l'obligation où elle se trouve de renoncer aux conséquences que la convention avait engendrées à son profit.

On insiste : quelle a été l'intention du législateur quand il a créé ce court laps de temps pour l'exercice de l'action en nullité ? réduire à un temps raisonnable, à dix ans tout au plus, la durée souvent trop longue autrefois de l'action ; admettre ici des suspensions, dont l'effet pour-

rait être de faire durer quelquefois l'action pendant trente et quarante ans ou plus encore, par la succession réitérée de plusieurs mineurs ou interdits, ce serait évidemment aller contre la pensée, dictée au législateur par l'intérêt général. Et puis l'article 1676 fait courir contre les femmes mariées et contre les absents, les interdits et les mineurs venant du chef d'un majeur, qui a vendu, le délai plus court encore de l'action en rescision d'une vente; comment pourrait-on soutenir que le délai de l'article 1304, qui, lui, est de dix ans, ne court point contre ces mêmes personnes.

Mais d'abord, par cela seul que l'ancien délai de trente ans a été réduit à dix ans, il deviendra beaucoup plus rare que les successions de plusieurs mineurs ou interdits viennent le prolonger au-delà de sa durée. Il est incontestable que le législateur a eu l'intention d'abréger la durée de l'action en nullité; mais c'est ce qu'il a précisément fait en réduisant à dix ans le laps de trente années qui existait jadis; il a donc entièrement atteint son but. Quant à l'argument tiré de l'article 1676, il se retourne facilement contre ceux qui l'invoquent; le motif qui a conduit à enlever le bénéfice de la suspension à l'action en rescision en matière de vente, n'existe point pour les autres cas prévus par l'article 1304; *qui dicit de uno negat de altero*; et le silence gardé sur la suspension de la prescription dans le texte de cet article, nous est la meilleure preuve que la loi n'a point ici voulu introduire l'exception qu'elle a exprimée dans l'article 1676.

Enfin, on invoque l'article 2264, qui dispose que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le titre où il se trouve sont expliqués dans les titres qui leurs sont propres; or il n'est question des interruptions et des suspensions de prescription que

dans le titre qui traite de cette matière; quant à l'article 1304, il est absolument muet sur leur compte, et cela se comprend, du reste, car peut-on comprendre que le titulaire d'une action en nullité ou en rescision puisse interrompre le délai de dix ans qui lui est accordé, puisqu'avant l'exercice et le triomphe de cette action, la partie qui en est nantie n'a point de titre exécutoire pour faire un commandement, et que d'ailleurs une citation en justice serait la mise en jeu même de l'action (1).

Comment les auteurs de ce système ne se sont-ils pas aperçus qu'ils se mettaient ici en contradiction avec eux-mêmes, en invoquant à l'appui de leur opinion un texte tout spécial à la prescription; mais ce n'est pas là ce qui constitue pour nous le plus grand vice de leur argumentation; ils prêtent à l'article 2264 un sens que nous n'y trouvons pas ; la règle énoncée dans cet article ne signifie point que les articles qui traitent de prescriptions spéciales, ne peuvent, en aucune façon se compléter par les dispositions générales dont il est question au titre de la prescription; elle doit être entendue en ce sens que le Code, en réglementant d'une manière générale la théorie de la prescription, ne se propose pas le moins du monde d'abroger les règles édictées pour certaines prescriptions particulières (2). Sans pousser plus loin l'étude de cette controverse, nous voulons faire remarquer que la théorie que nous adoptons a pour elle l'autorité de l'ancien Droit et aussi du Droit romain. Domat, Pothier, Bourjon,

(1) Toullier, IV, n° 615 ; — Duranton, XII, n° 548.

(2) Merlin, *Répertoire*, verbo *Rescision*, n° 5 bis; — Delvincourt, II, p. 806; — Aubry et Rau, idem, II, § 214, texte et note 9; — Larombière, IV, art. 1304, n° 32; — Marcadé, idem, art. 1304, n° 878; — Cassation, 8 novembre 1843, S. V. 1844, 1, 129; — Agen, 10 janvier 1851, S. V. 1851, 2, 780.

s'expliquent d'une manière très explicite à cet égard; les motifs qui décidaient ces jurisconsultes à admettre cette solution se présentent encore maintenant avec toute leur force, et rien ne prouve que les rédacteurs du Code aient voulu abandonner la tradition, pour consacrer une disposition dangereuse pour ceux-là mêmes qu'on a voulu protéger.

Le délai de dix ans, établi par l'article 1304, est donc une véritable prescription ; cette prescription qui s'applique à l'action en nullité ou en rescision s'applique-t-elle aussi à l'exception ? Une personne a fait une convention avec un mineur ; quinze ans après que ce dernier a atteint sa majorité, cette personne poursuit l'exécution de la convention ; l'ex-mineur oppose à cette demande l'exception tirée de ce que le contrat a été par lui passé en état de minorité ; son adversaire peut-il repousser cette exception en se fondant sur ce que plus de dix ans se sont écoulés depuis l'époque où cette nullité pouvait être proposée ? Autrement dit, enfin, la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, est-elle applicable dans notre droit ?

Non, dit-on, car la procédure française ne ressemble en rien à la procédure romaine. Le débiteur n'avait pas à Rome le moyen de prévenir son adversaire ; tant que celui-ci ne réclamait pas l'exécution du contrat, l'autre partie ne pouvait agir pour faire annuler la convention qu'elle prétendait être vicieuse. Aujourd'hui il n'en est pas de même, l'article 1304 donne une action en nullité ou en rescision qui permet de provoquer l'annulation de la convention avant que l'exécution en soit poursuivie, et cette action doit être intentée dans les dix ans ; le silence gardé pendant ce laps de temps vaut de ratification tacite de la convention ; ne serait-ce pas, d'ailleurs, méconnaître l'in-

tention du législateur que d'admettre cette maxime, puisqu'elle permettrait d'éterniser une action qu'il a manifestement voulu réduire? De plus, le défendeur, qui, sur la poursuite en exécution oppose la nullité de la convention, forme une demande reconventionnelle ; il devient demandeur à son tour : *reus excipiendo fit actor* ; or l'article 1304 entend, par l'action en nullité, la demande principale ou reconventionnelle en annulation, qui devient ainsi une cause d'extinction de l'obligation ; enfin, les travaux préparatoires du Code viennent appuyer de leur autorité ce système ; il en résulte, en effet, que c'est seulement sur la poursuite intentée contre un acte nul que l'exception pourra être opposée à toute époque; mais lorsqu'il s'agira d'une demande en annulation, c'est-à-dire dirigée contre un acte seulement annulable, l'exception ne sera possible que pendant le délai accordé par la loi pour agir (1).

Malgré cette puissante argumentation, nous préférons l'opinion qui admet que, dans notre droit, l'exception n'est pas atteinte par la prescription de l'article 1304. Notre ancien droit admit la maxime romaine, et rien ne montre que les rédacteurs du Code aient voulu la repousser; au contraire, dans l'article 1304, il n'est parlé que de l'action qui est limitée à dix ans ; l'exception n'est donc pas atteinte par ce texte et reste perpétuelle. D'ailleurs, elle constitue un moyen de défense, et tant que le droit d'attaquer est ouvert, le droit de se défendre l'est aussi. Et puis, comment peut-on opposer au défendeur une prescription fondée sur une renonciation tacite résultant de son long silence ? il possède toujours la chose, objet de la convention, et, comme le dit M. Demolombe, la

(1) Mourlon, *Répétitions écrites*, II, p. 785 ; — Duranton, XII, 549 ; — Marcadé, idem, art. 1304, n° 3.

prescription, c'est la consécration, par le temps, d'un état de choses qui a duré pendant un certain nombre d'années; qui ne voit que le défendeur n'ayant point cessé de posséder, il ne saurait être ici question de ratification tacite (1)?

Il est bien évident que notre opinion ne peut se soutenir qu'autant que la convention n'a pas été exécutée ; car autrement, si la partie qui veut opposer l'exception a été dépossédée, la consécration de cette dépossession, par le temps, lui ferme le droit d'invoquer la maxime *quæ temporalia*.....

(1) Delvincourt, II, p. 596 à 600 ; — Merlin, idem, verbo *Prescription, sect.* 2, § 25 ; — Larombière, idem, art. 1304, nos 36 et 37 ; Demolombe, idem, nos 137 ; — Aubry et Rau, idem, § 339, texte n° 2 et note 29.

CHAPITRE IV

DU POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

Le point de départ du délai de dix ans accordé pour agir en nullité ou en rescision varie avec les causes qui donnent ouverture à cette action. Cependant la combinaison des différentes dispositions de l'article 1304 nous permet de poser comme règle générale que le délai court du jour où la convention attaquée a été conclue ; et, en effet, en fixant pour des cas particuliers un autre point de départ, l'article 1304 déclare implicitement que dans tous les autres le délai courra du jour où la confirmation devient possible, c'est-à-dire, évidemment, du jour de la formation de la convention.

Cette règle générale reçoit plusieurs exceptions, car la prescription décennale de notre article repose sur l'idée d'une confirmation tacite, et, dans plusieurs cas, la confirmation ne devient point immédiatement possible, puisqu'elle ne peut venir couvrir le vice dont la convention

est entachée qu'autant que ce vice a cessé. Parcourons donc ces exceptions ; mais avant d'entrer dans leur énumération, faisons observer que nous suivrons l'ordre que nous avons adopté dans le chapitre où nous avons traité des cas dans lesquels il y avait lieu à action en nullité ou en rescision.

A. — *Actes faits par un mineur non émancipé.* — Le délai pour demander l'annulation de ces actes, qu'ils émanent du mineur ou de son tuteur, ne commence à courir que du jour où il a atteint sa majorité, c'est-à-dire sa vingt-et-unième année, et non pas du jour où il prétend avoir eu connaissance de l'acte (1).

B. — *Actes faits par un mineur émancipé.* — Le point de départ est le même que pour le mineur non émancipé même à l'égard des actes passés avant son émancipation.

C. — *Actes faits par un interdit.* — C'est à compter du jour où l'interdiction sera judiciairement levée que le délai courra, parce que c'est à ce moment seulement que la cause qui a donné naissance à l'action en nullité ou en rescision a disparu. Il en est ainsi, non-seulement pour l'action intentée contre les actes faits par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction, mais aussi de celle qui est dirigée contre les actes qui révèlent par eux-mêmes la cause qui a motivé plus tard l'interdiction ; mais en ce qui concerne les actes passés en état de démence par une personne dont l'interdiction n'a pas été prononcée, la prescription ne court qu'à dater du jour où cette personne a recouvré la raison, d'après certains auteurs (2); d'après nous, la question doit se résoudre par une distinc-

(1) Aubry et Rau, idem, § 339, texte n° 3 et note 32 ; — Demolombe, idem, n^os^ 153, 154 et 155 ; — Bordeaux, 27 juillet 1871, *cité suprà* ; — Cassation, 30 mars 1830, 1830, 1, 238.

(2) Aubry et Rau, idem, § 339, texte n° 3 et note 35.

tion : si l'acte est attaqué pour démence, c'est-à-dire pour défaut absolu de consentement, nous serons en présence d'un acte nul, et non d'un acte annulable; c'est par conséquent la prescription de trente ans qui éteindra l'action en nullité; que si, au contraire, la demande en nullité est fondée sur un des vices du consentement prévus par notre article 1304, nous retombons sous l'application de cet article, et le délai de la prescription n'est plus que de dix ans, dont nous allons plus loin fixer les différents points de départ (1).

D. — *Actes faits par un aliéné.* — L'article 39 de la loi du 30 juin 1838 a fixé, quant à l'action ouverte à l'aliéné, non interdit, placé dans un établissement public ou privé, contre les actes qu'il a faits pendant qu'il y a été détenu, un point de départ spécial des dix ans ; ce délai ne court, à l'égard de la personne retenue, qui aura souscrit les actes, qu'à dater de la signification qui lui en est faite, ou de la connaissance qu'elle en a eue, après sa sortie définitive de la maison d'aliénés ; à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur en aura été faite ou de la connaissance qu'ils en auront eue, depuis la mort de leur auteur; enfin lorsque les dix ans ont commencé de courir contre l'aliéné, ils continuent de courir contre ses héritiers. — Si la personne placée dans un établissement d'aliénés était interdite, elle ne jouirait pas du bénéfice de l'article 39 de la loi du 30 juin 1838; pour elle, la prescription serait de dix ans à compter de la main-levée de son interdiction.

E. *Actes passés par un pourvu de conseil judiciaire.* — Malgré le silence gardé par l'article 1304 sur les pour-

(1) Demolombe, idem, n° 161 ; — Bordeaux, 14 janvier 1857, sv. 1857, 2, 353.

vus de conseil, nous estimons que l'action en nullité ou en rescision qui leur appartient se prescrit, comme pour les interdits, à compter du jour où ils ont obtenu main-levée du conseil, car c'est à partir de ce moment seulement que la cause d'annulation cesse; d'ailleurs, le pourvu de conseil est, sans contredit, un incapable, et l'article 1304 a surtout en vue de protéger cette classe de personnes. En vain soutiendrait-on que le pourvu de conseil a l'exercice de ses actions, et que rien ne s'oppose à ce qu'il ratifie l'acte par lui fait, avec l'assistance de son conseil; car les femmes mariées et les mineurs émancipés ont bien aussi l'exercice de leurs actions; ils peuvent ratifier leurs actes annulables : les premières avec l'autorisation de leurs maris; les seconds avec l'assistance de leurs curateurs, et pourtant les actions qui leur appartiennent pour faire prononcer l'annulation de ces mêmes actes, ne commencent à courir que du jour de la dissolution du mariage ou de la majorité. En vain, encore, s'appuierait-on sur ce que l'article 2252 qui interrompt, ou plutôt qui suspend la prescription au profit des mineurs et des interdits, ne peut être étendu, par voie d'analogie, aux individus pourvus d'un conseil judiciaire; il s'agit, en effet, dans l'article 1304, non pas d'une suspension de prescription, mais bien de la fixation de l'instant précis à partir duquel le délai dans lequel l'action doit être intentée, commencera à courir (1).

F. *Actes faits par une femme mariée.* — C'est du jour de la dissolution du mariage que court contre la femme mariée l'action en nullité qui lui compète contre les actes qu'elle a pu faire sans l'autorisation de son mari; car c'est

(1) Aubry et Rau, idem § 339, texte n° 3, note 33; — Larombière, idem, IV, art. 1304, n° 25; — Demolombe, idem, n° 157.

à compter de ce moment-là que la nécessité de l'autorisation maritale a cessé d'exister pour elle. Nous pensons que la même règle régit l'action en nullité qui appartient au mari; car l'article 1304 ne distingue pas entre l'action accordée à la femme et celle accordée au mari; et puis ce dernier peut, dans l'intérêt de la paix de son ménage, remettre à plus tard l'exercice de son droit, ce qui ne s'accorde point avec une ratification tacite de l'acte de la femme (1).

G. *Vices du consentement.* — Si la convention est entachée d'erreur, de vol ou de violence, le délai de la prescription décennale court du jour où l'erreur a été découverte, où le dol a été découvert, où la violence a cessé; et la charge de prouver que l'erreur où le dol ont été découverts depuis moins de dix ans et que la violence a cessé avant ce temps incombe à celui qui soutient que la prescription n'a pu commencer à courir, par suite de l'erreur, du dol ou de la violence; la preuve peut d'ailleurs être administrée par témoins ou même par simple présomptions, et l'existence du dol n'a pas besoin d'être préalablement établie (2).

H. *Lésion.* — Il n'y a point d'époque particulière fixée par l'article 1304 pour le commencement de la prescription de l'action en rescision pour lésion entre majeurs; le point de départ est donc le jour même de la convention. Une observation est nécessaire, en ce qui concerne l'action en nullité ou rescision du partage d'ascendant fait par acte entre-vifs. La prescription, en pareil cas, commence à courir, non point du jour où l'acte entre-vifs contenant

(1) Larombière, IV. art. 1304, n° 23; — Toullier, IV, 613; — Demolombe, idem, n° 150.

(2) Larombière, idem, n° 22; — Aubry et Rau, idem, texte et note 38; — Demolombe, idem, n°s 145 et suivants.

partage a été passé, mais bien du jour du décès de l'ascendant auteur du partage.

On sait en effet que le partage entre-vifs opéré par un ascendant est une véritable libéralité, les descendants qui y sont compris ne peuvent par suite l'attaquer du vivant de leur auteur; d'ailleurs, celui des descendants qui a été omis au partage ne peut se pourvoir contre cet acte qu'au décès du partageant, *a fortiori* doit-il en être de même de ceux qui sont lotis; il résulte de là que l'action en nullité ou en rescision contre le partage d'ascendant, fait par donation entre-vifs, ne peut être intentée qu'au décès de l'ascendant; ce n'est donc qu'à partir de cette époque que courra le délai de dix ans de l'article 1304.

Mais il en serait autrement si l'ascendant, après avoir transmis ses biens à ses enfants dans des proportions déterminées, se désintéressait du partage effectif, que les donataires réalisent ensuite par un acte séparé et comme bon leur semble. Dans ce cas, en effet, il y a partage ordinaire, et comme le donateur y est demeuré étranger, cet acte peut donner lieu pour lésion à une action en nullité ou en rescision de dix ans, dont le point de départ sera le jour même de la convention, du partage (1).

Les dispositions spéciales de l'article 1304 forment d'ailleurs obstacle à la règle générale édictée par l'article 2262, en ce sens que s'il s'est écoulé plus de trente ans depuis la passation d'un acte entaché d'un vice donnant lieu à l'action en nullité ou en rescision, cette action peut encore être intentée par celui auquel elle compète (2). Car,

(1) Riom, 4 août 1866, S. V. 1867, 2, 4; — Montpellier, 27 juillet 1869, S. V. 1870, 2, 174; — Bordeaux, 4 décembre 1871, S.V. 1872, 2, 163; — Cassation, 24 juin 1872, S. V. 1873, 1, 77.

(2) Larombière, IV, art. 1304, n° 29; — Demolombe, idem, n°s 165 et suivants.

l'article 1304 a dérogé à l'article 2262, notamment en ce qui concerne le point de départ de la durée au bout de laquelle la prescription est acquise au profit de celui qui est exposé à l'action en nullité ou en rescision ; en effet la prescription de dix ans créée contre cette action commence au cas de violence, du jour où il a cessé; au cas de dol ou d'erreur, du jour où ils ont été découverts, etc..., par conséquent quelque long que puisse être le temps qui s'est écoulé entre la passation de l'acte et le moment où l'action en nullité peut être exercée, suivant les distinctions insérées en l'article 1304, cette action est recevable, s'il ne s'est point écoulé dix ans depuis le jour où l'on pouvait agir; cette solution s'impose par la considération que le fondement de cette courte prescription, édictée contre les actions en nullité ou en rescision, repose sur une présomption tacite de confirmation; or, cette présomption ne peut se comprendre, du moment où la cause qui engendre la nullité dure encore, tant que le vice n'a pas disparu; il y a, comme nous l'avons dit plus haut, non pas suspension de la prescription décennale mais imprescriptibilité qui ne cessera qu'avec le vice lui-même. D'ailleurs, la durée de l'action en nullité ou en rescision est de dix ans, et si l'on admettait qu'elle se confondît avec la prescription trentenaire, on arriverait à la rendre plus courte, si, par exemple, le vice de la convention n'est découvert qu'un an, un mois, un jour avant l'accomplissement de la trentième année à compter de la passation de l'acte.

Cette théorie ne rallie point tous les auteurs, et plusieurs soutiennent que la prescription de l'article 1304 et celle de l'article 2262 se confondent, la seconde absorbant la première, par suite l'action en nullité sera fermée si le vice est découvert après qu'il s'est écoulé trente ans depuis

la passation de l'acte (1). Toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par trente ans; donc l'action de l'article 1304 n'est plus permise quand un si long laps de temps sera passé. Nous avons déjà répondu à cette objection, avant de l'avoir présentée, car tant que le vice n'a pas cessé, l'action en nullité ne pouvait être intentée, il y avait là une cause d'imprescriptibilité qui fait obstacle à l'application de l'article 2262 ; — le législateur au cas de dol, au moins, a créé deux actions : l'une de dix ans à compter de la découverte du dol, et l'autre pour arriver à cette découverte qui dure trente ans. Cet argument, ce semble, se refute de lui-même, car si le dol n'a été découvert que le dernier jour de la trentième année, l'action en nullité est alors ouverte, et doit durer encore dix ans; la première n'absorberait donc pas la seconde. On est obligé de reconnaître que cet argument ne s'applique pas à l'action en nullité pour violence, laquelle ne commence à courir que du jour où la violence a cessé; c'est, dit-on, toutefois, que la violence ne peut jamais durer longtemps, et qu'en définitive elle cessera bien avant trente ans à compter de la convention; cette distinction est contraire, cela est évident, à l'esprit et au texte de la loi. Enfin on se retranche derrière l'esprit de la loi qui a entendu, à ce qu'on prétend, donner, au moyen de la prescription trentenaire, un titre contre lequel la mauvaise foi même ne peut être opposée; mais, nous le répétons, tant que le vice qui entache la convention n'a pas disparu, son existence ne suspend point l'exercice de l'action, elle rend cette action absolument imprescriptible.

(1) Aubry et Rau, idem, § 339, texte et note 42; — Amiens, 22 juillet 1853, S. V. 1854, 2, 54.

Mais ce qui condamne de la façon la plus formelle le système que nous combattons, c'est qu'il reconnaît implicitement qu'il ne saurait s'appliquer à l'action fondée sur l'incapacité des parties, attendu, par exemple, que si le mariage a duré plus de trente ans depuis la passation par la femme d'un acte pour lequel elle n'a pas été autorisée, le droit de former l'action en nullité ne commence à se prescrire contre elle que du jour où le mariage est dissous.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

Malgré le silence à peu près absolu du Code sur les effets de l'annulation en justice d'un acte attaqué par l'action en nullité ou en rescision, il nous est facile, en nous inspirant du droit romain et de l'ancien droit, auxquels cette action a été empruntée, de nous rendre compte des conséquences produites.

La nullité ou la rescision, prononcée en justice, a pour effet de remettre les choses au même et semblable état qu'elles étaient auparavant, c'est-à-dire avant la formation de l'obligation annulée ou rescindée. Les conséquences à déduire de cette règle peuvent être envisagées à un double point de vue : à l'égard des parties contractantes et à l'égard des tiers.

Section Ire

EFFETS DE LA NULLITÉ OU DE LA RESCISION A L'ÉGARD DES PARTIES CONTRACTANTES

Les parties contractantes sont obligées de se restituer respectivement ce qu'elles ont reçu ou perçu en vertu du contrat d'où procédait l'engagement ou par suite de ce contrat. Et ici une distinction devient nécessaire pour la plus grande clarté des explications que nous avons à fournir, car si ce principe s'applique dans toute sa rigueur lorsque l'acte annulé était intervenu entre parties majeures, il n'en saurait être de même, aux termes de l'article 1312, pour les incapables.

Supposons donc d'abord que l'engagement se fût formé entre majeurs ; *quod nullum est nullum producit effectum* ; tout est remis dans l'ancien état, et le demandeur en nullité ou en rescision, qui a triomphé, doit rendre au défendeur tout ce qu'il en a reçn, puisque ce dernier est tenu à son égard de la même restitution. Cette conséquence est cependant soumise à une modification. Si le contrat annulé avait amené une translation de propriété, le défendeur ne serait tenu à la restitution des fruits qu'à compter du jour de la demande, à moins qu'il ne les eût perçus de mauvaise foi. En effet, s'il a ignoré les vices du titre en vertu duquel il possède, il est couvert par l'article 549 ; il gardera donc les fruits, puisque les soins qu'il a donnés à la chose profiteront en définitive au restitué, qui retrouvera sa chose en bon état ; d'ailleurs, ce serait l'exposer à une ruine peut-être complète que d'exiger de lui le montant des fruits perçus ; il se peut faire qu'ils aient atteint une importance, un chiffre considérables. Que s'il

n'a pas ignoré que le titre en vertu duquel il détenait l'objet du contrat était entaché d'un vice quelconque, le même article 549 le punit de sa mauvaise foi en l'obligeant à restituer la chose et les produits : *malitiis non est indulgendum*. Dans tous les cas, la demande en justice à fin de nullité ou de rescision met un terme à sa bonne foi ; car dès ce moment il est informé de l'irrégularité qui affecte sa possession ; aussi, l'obligation de restituer les fruits naîtra dès ce moment pour lui. Si à raison de sa mauvaise foi constatée il est condamné à restituer tout ou partie des fruits perçus antérieurement à la demande, il pourrait aussi réclamer, dans la même proportion, soit les intérêts du prix payé par lui, soit les fruits recueillis par l'autre partie. Une autre conséquence importante résulte de cette considération que le contrat est réputé n'avoir jamais existé ; si l'une des parties avait des droits réels sur le fonds qui lui a été livré, ces servitudes revivront, la confusion qui les avait fait disparaître étant anéantie ; chacun exercera ses droits tel qu'il les avait. Cette décision n'a rien de contraire à la loi, elle ne fait au contraire qu'appliquer cette maxime qu'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui.

Soit maintenant un acte annulé ou rescindé au profit d'un incapable ; tout en voulant les protéger pour assurer la conservation de leur patrimoine et les mettre à l'abri du préjudice qui peut résulter pour eux de spéculations téméraires et hasardeuses, la loi n'a pas pu abandonner complètement les tiers et les exposer à subir seuls la perte. Aussi a-t-elle songé à concilier l'intérêt des incapables et celui des personnes qui traitent avec eux ; de là est né l'article 1312, qui est la seule disposition de notre section concernant les effets de la restitution. Aux termes de cet article, lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes

mariées, sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été en conséquence de ces engagements payé dans la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit ; c'est là, on le voit, une dérogation complète aux conséquences de la restitution, que nous avons relevées entre majeurs ; l'acte une fois annulé, le mineur ne peut plus être tenu à rien en vertu de cet acte, et cela se comprend ; car il y aurait eu inconséquence à lui donner le moyen de s'exonérer du préjudice qu'il a éprouvé, en état d'incapacité, et de le considérer cependant comme tenu en vertu de l'acte d'où procède la lésion. L'obliger, par exemple, à rendre l'argent qu'il a reçu pour prix d'un immeuble qu'il a aliéné, ce serait le mettre souvent dans l'impossibilité de se faire restituer, car presque toujours l'incapable aura perdu en folles dépenses la somme qui lui aura été versée ; pour la rendre, il lui faudrait emprunter ou bien aliéner une autre chose, de sorte que tout en obtenant l'anéantissement de son obligation, il ne serait pas dans la situation où il aurait été s'il ne se fût pas obligé. Au point de vue de l'adversaire, cette conséquence n'a rien de trop rigoureux, car il y a eu de sa part une faute ou tout au moins une négligence de ne s'être pas assuré de la capacité de la personne avec qui il traitait ; s'il connaissait l'incapacité de son co-contractant, il s'est volontairement exposé au sort qui lui est réservé, il serait mal venu à se plaindre. Mais à côté de cette idée de protection des incapables, se dresse cette règle toute d'équité que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui aussi l'article 1312 nous dit-il que la faveur qu'il édicte cesse d'être applicable si l'incapable a tiré un profit de l'engagement, ou du moins

qu'elle lui est enlevée jusqu'à concurrence du profit que cet engagement a pu lui procurer.

Mais tandis que la preuve de la lésion ou de la cause de nullité incombe à l'incapable qui se pourvoit contre un acte émané de lui, ici la loi a mis à la charge du tiers le soin d'établir l'enrichissement. Le législateur a été guidé en cette matière par une considération pratique ; il est parti de cette idée que l'incapable qui a à sa disposition une certaine somme, la dépense sans songer à faire un placement sérieux, d'où il puisse retirer des bénéfices. La présomption est donc en faveur de l'incapable, mais ce n'est qu'une présomption *juris tantum*, c'est-à-dire que le tiers attaqué a le droit de la faire tomber en administrant la preuve contraire, en établissant par suite que l'incapable a tiré profit du contrat. Mais le défendeur ne pourrait point puiser la preuve du bénéfice réalisé par l'incapable dans le titre annulé; car, nous l'avons dit, après avoir été restitué contre son engagement, il ne peut plus être tenu par cet engagement. Tous ces principes, qui résultent de l'esprit de la loi, et même pour quelques-uns, des textes mêmes, sont confirmés par une jurisprudence fermement assise. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que lorsqu'un mineur souscrit un billet, sans l'autorisation de son conseil de famille, et en demande plus tard la nullité, le prêteur ne peut réclamer conformément à l'article 1312, le remboursement des sommes versées par lui, qu'autant qu'il prouve, abstraction faite des titres annulés, la réalité des paiements qu'il prétend avoir faits et le profit que le mineur en aurait retiré (1). Dans l'espèce, il s'agissait de deux billets sous-

(1) Cassation, 26 novembre 1861; S. V. 1862, 1, 178; — idem, 1 juin 1870; S. V. 1870, 1, 387.

c

rits pour prêts par un mineur, avec énonciation *valeur reçue comptant*; les premiers juges repoussaient la demande en nullité de ces billets, parce que d'après eux la preuve du versement résultait de la cause *valeur reçue comptant*, et la Cour suprême a cassé ce jugement qui violait manifestement les règles de l'article 1312. Un arrêt de la Cour de cassation a décidé qu'après annulation de la vente d'un mobilier considérable faite par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, le mineur (dans l'espèce, une veuve) ne peut être tenu à restituer la portion de prix qui a été payée, s'il n'a profité personnellement d'aucune partie du prix(1); ainsi la femme veuve, mineure émancipée, qui avait employé partie du prix de cette vente à payer les dettes de la communauté à laquelle elle avait depuis renoncé, rentra en possession de son mobilier, et ne fut point tenue de restituer le prix qu'elle avait touché. C'est l'application pure et simple de l'article 1312.

Mais ici se pose une question très-vivement controversée. A quel moment doit-on se placer pour apprécier l'enrichissement, le profit que l'incapable a pu retirer de l'exécution du contrat? Est-ce au jour où l'action est intentée? Est-ce à un moment quelconque du temps qui s'est écoulé entre le versement et la poursuite?

L'importance de cette question est considérable; car si l'on décide que c'est au moment où l'action en nullité ou en rescision a été régulièrement intentée que l'appréciation doit être faite, toutes les charges retomberont sur les tiers alors même que l'incapable, après avoir fait un placement heureux, a dissipé après coup la somme qui lui a été versée; le tiers reste tenu et est pour ainsi dire respon-

(1) Cassation 7 juillet 1879, S. V. 1880, 1, 207.

sable jusqu'à la majorité de son co-contractant. Si au contraire, on se contente d'un enrichissement à un moment quelconque, le tiers sera déchargé, sa responsabilité ne sera plus engagée, quand il aura prouvé cette heureuse spéculation.

En droit romain, les jurisconsultes étaient d'accord pour déclarer qu'il fallait que l'enrichissement existât au moment où l'action était intentée, où l'*in integrum restitutio* était demandée : *tempore quo agitur*. De même, dans notre ancien droit « pour savoir si le pupille à qui on » avait payé sans le consentement de son tuteur en était » devenu plus riche on considère le temps présent et non » celui du paiement ; et il suffisait qu'au temps de l'action » il n'eût ni la somme, ni un remploi de la somme, » auquel cas on obligeait le débiteur à payer deux » fois (1).» Pothier n'est pas moins explicite; d'après lui, le débiteur doit prouver « que ce profit subsista encore au » temps de la demande. » Nous ne pensons pas que les rédacteurs du Code aient consacré cette théorie.

Mais, dit-on, les travaux préparatoires du Code sont muets sur cette question ; n'en doit-on pas conclure que le législateur n'a pas entendu innover, surtout quand on songe à tous les emprunts qu'il a faits, en notre matière à notre ancienne jurisprudence ? Cet argument ne nous séduit point ; bien mieux, il nous semble contraire à la réalité des faits. Et la preuve, c'est que le Code s'est écarté formellement de la doctrine de Pothier ; d'après cet auteur, lorsqu'un paiement était fait à un incapable, celui-ci ne pouvait obtenir un second paiement s'il était prouvé qu'il en avait profité, et que le bénéfice existait encore au

(1) Lebrun, *des successions*, p. 569, n° 31; — Pothier, *des obligations*, partie III, chap. I, art. 2 § 1, n° 504.

jour de la demande ; qu'exige en pareil cas l'article 1241, qui a été presque copié dans le *Traité des obligations*? uniquement que l'incapable ait tiré un avantage quelconque du paiement. Et puis deux grands principes dominent notre matière : le premier c'est que l'incapable est restitué contre la lésion qui est dûe à son inexpérience, à sa faiblesse, et le second que nous avons étudié sous l'article 1306, c'est qu'il n'obtient point la rescision contre la lésion qui résulte d'un évènement casuel et imprévu ; dès lors, si l'exécution de l'engagement a profité à l'incapable à un moment quelconque, il n'a plus droit à la protection de la loi, alors surtout que le bénéfice qu'il avait retiré de l'opération vient à disparaître par un évènement pareil à ceux prévus par le dernier article que nous citons ; et puis, n'y aurait-il pas iniquité à faire supporter aux tiers les conséquences du cas fortuit.

Il peut se faire que la lutte s'agite entre deux incapables, investis l'un et autre du droit de demander la nullité de l'engagement qu'ils ont réciproquement pris. La loi n'ayant fait aucune distinction entre le majeur et le mineur, ce sont les mêmes principes qui doivent être suivis (1). Quelles que soient les conséquences de cette rescision, l'autre incapable ne peut pas se plaindre, c'est là un résultat dérivant de la loi. Lorsque la convention est onéreuse pour les deux parties et que toutes deux demandent à être restituées contre leurs engagements, une difficulté pratique se présente : comment concilier ces deux intérêts. Le droit romain suivait la maxime : *melior est consumentis*; celui qui avait tout dissipé n'avait rien à restituer à l'autre ; notre ancien droit suivait la même

(1) Toullier VII, 591; — Aubry et Rau, idem, § 335, texte et note 17; — Demolombe, idem, VI, n° 177.

règle. En présence des termes généraux de notre article 1312, qui n'introduit aucune distinction, nous ne pouvons que nous ranger à cette ancienne jurisprudence.

On s'est enfin demandé si le tiers à qui un immeuble a été vendu par un incapable pourrait repousser l'action en nullité ou en rescision, s'il avait fait sur cet immeuble des améliorations. La réponse est facile; jamais cette circonstance n'empêchera l'exercice de l'action, autrement il serait trop aisé à l'acquéreur de se mettre à l'abri des mesures protectrices créées en faveur des incapables; il n'aurait qu'à faire de grands travaux sur le fonds pour que le vendeur ne puisse ou n'ose demander la restitution, arrêté par cette considération qu'il sera obligé de débourser une somme considérable pour obtenir un immeuble qui ne lui offre qu'un intérêt peut-être secondaire. Cependant d'un autre côté, l'incapable ne saurait prétendre droit à conserver purement et simplement le bénéfice de ces améliorations. Voici comme la difficulté sera tranchée; les dépenses faites par l'acquéreur étaient-elles nécessaires, en ce sens que si elles n'eussent pas été faites l'immeuble aurait pu être détruit ou tout au moins perdre une grande partie de sa valeur : comme l'incapable aurait été forcé de les faire lui-même, il devra rembourser à son adversaire la totalité de ses déboursés; les dépenses faites n'étaient qu'utiles, et elles ont conféré à l'immeuble une plus-value : ici le bénéfice sera moins large, car l'acquéreur aurait pu se dispenser de les faire; mais comme elles enrichissent l'incapable,ce dernier sera tenu d'indemniser le défendeur, *quatenus locupletior factus est* ; c'est-à-dire qu'il lui remboursera soit le montant de la plus-value, s'il est inférieur au chiffre de la dépense, soit au contraire la totalité des déboursés, si la plus-value s'élève à une somme plus considérable.

Section II.

EFFETS DE LA NULLITÉ OU RESCISION A L'ÉGARD DES TIERS

La nullité ou la rescision, prononcée en justice, amène, avons-nous dit, l'application de la maxime romaine, *quod nullum est nullum habet effectum*. Il en résulte que les tiers qui ont traité avec celui qui était tenu de l'action vont être atteints par l'anéantissement de l'acte qui avait nanti leur auteur ; car cet acte, une fois annulé par le jugement, est censé n'avoir jamais existé. Le demandeur n'a pas à se préoccuper des conséquences que sa prétention sera de nature à entraîner, il doit être remis en possession des choses qu'il a livrées. Et cela se comprend; le défendeur n'avait sur ces choses qu'un droit résoluble, qu'un droit conditionnel, puisqu'il était soumis à l'action qui milite au profit de son co-contractant ; tant que ce dernier est encore nanti de l'exercice de cette action, l'acquéreur n'a pu consentir d'engagements sur la chose objet du contrat ; que s'il a conféré aux tiers des servitudes, des hypothèques, ces droits sont atteints de la même incertitude que celle qui affecte le titre du traitant, la ruine du second entraîne celle des premiers ; *nemo plus juris ad alios transferre potest quam ipse habet*. Mais pour que ces effets se produisent, il faut que les intéressés soient mis en demeure de défendre leurs droits ; cet autre principe, qu'on formule en ces termes : *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*, s'oppose à ce que le demandeur puisse obtenir la restitution de son bien, passé aux mains de sous-acquéreurs, sans qu'ils aient été mis en cause.

Deux voies peuvent être suivies : ou bien celui qui

intente l'action en nullité ou en rescision agira d'abord contre la partie qui a traité avec lui, et ensuite contre les tiers détenteurs ; ou bien il appellera au procès et son co-contractant et ceux qui tiennent de lui leurs droits ; dans ce dernier cas, l'adversaire naturel du demandeur joue le rôle principal dans la défense, les tiers n'y figurent que d'une manière secondaire ; ils y sont appelés pour que le jugement leur soit opposable. C'est cette seconde voie qui est la meilleure, car elle ne donne lieu qu'à une seule instance et épargne des frais considérables; les tiers sistant au procès peuvent combattre non-seulement les prétentions élevées contre eux, mais aussi celles dirigées contre leur auteur ; leurs intérêts seront donc pleinement sauvegardés.

Il n'y a qu'un cas où les tiers détenteurs seraient à l'abri de toute poursuite de la part de la personne investie de l'action en nullité ; c'est celui où la prescription acquisitive se serait accomplie à leur profit.

Une question nous reste à examiner ici, celle de savoir quelle est la nature de l'action en nullité ou en rescision. Est-ce une action personnelle, est-ce une action réelle ?

Nous savons que les actions personnelles sont celles qu'on dirige contre une personne déterminée d'avance pour lui demander l'exécution d'une obligation, nulle autre qu'elle ne pouvant être tenue; et les actions réelles, celles où l'on revendique la propriété ou la possession d'une chose contre tout tiers, contre toute personne qui la détient. A laquelle de ces deux catégories appartient l'action en nullité ou en rescision ? Nous pensons qu'elle rentrera dans l'une ou l'autre catégorie, suivant le but que poursuivra le demandeur ; car elle ne saurait revêtir à la fois l'un et l'autre caractère ; une action par cela seul qu'elle est réelle, exclut toute idée de personnalité et réciproque-

ment. On a voulu voir cependant dans l'action dont nous avons traité une action dirigée tout à la fois contre la personne et contre la chose, et pour cette raison on l'a qualifiée de *mixte*. Mais cette théorie des actions mixtes n'a aucun fondement, le Code de procédure ne la consacrant point. Cette innovation a été introduite pour trancher par avance les questions de compétence qui auraient pu se poser ; elle permet en effet de porter l'action indifféremment devant le tribunal du défendeur ou devant le tribunal de l'arrondissement dans lequel se trouve situé l'immeuble revendiqué. Nous nous demandons s'il était bien nécessaire de recourir à un pareil moyen pour atteindre ce résultat. N'avons-nous point la théorie de la connexité qui permet de soumettre à une juridiction appelée à statuer sur une affaire toutes les questions qui se rattachent au procès, alors même qu'elles ressortissent à un autre tribunal du même ordre. Le demandeur en nullité ou en rescision pourra intenter sa poursuite soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant celui de la situation du fonds, et si l'acquéreur a lui-même transféré la propriété à des tiers, ceux-ci pourront être appelés devant ces tribunaux pour que toutes les questions soient tranchées par un seul et même jugement.

Section III

DES EFFETS DE LA NULLITÉ OU DE LA RESCISION A L'ÉGARD DES CODÉBITEURS

Nous allons terminer ce chapitre par l'étude d'une hypothèse spéciale. Jusqu'ici, en effet, nous avons supposé que deux parties seulement sont en présence lors de la formation de l'engagement, un créancier et un débiteur. Mais il peut arriver qu'il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs

débiteurs. La partie, qui va se pourvoir en nullité ou en rescision, fera-t-elle tomber le contrat tout entier, de telle sorte qu'aucun des contractants ne sera tenu ou n'aura de droits à invoquer ? ou bien, au contraire, la convention conservera-t-elle son existence propre, de manière à pouvoir encore être exécutée par les autres parties ?

Il faut ici user d'une distinction, et se demander en quelle qualité les diverses personnes qui ont figuré au contrat, ont agi; en un mot, il faut examiner si les dettes sont conjointes ou solidaires.

L'obligation sera faite conjointement par plusieurs personnes, lorsque la qualité de créancier ou de débiteur appartenant simultanément à ces diverses personnes, le droit ou l'obligation se trouvera limitée par le droit du costipulant, par la dette du co-débiteur ; chaque créancier n'aura droit qu'à sa juste part dans la créance, chaque débiteur ne sera tenu que de sa quote part dans la dette; créance d'un côté, dette de l'autre, se diviseront de plein droit. Il résulte évidemment de là, que si l'une des parties obtient la rescision ou la nullité, elle ne profitera ni ne nuira aux autres, *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.*

L'obligation est solidaire, quand il y a plusieurs personnes qui ont promis ou stipulé la même chose, de telle manière que l'un quelconque des créanciers puisse demander le paiement en totalité à l'un des co-débiteurs, qui sera tenu de fournir la prestation promise, le paiement par l'un des débiteurs libérant tous les autres. Supposons donc deux co-débiteurs solidaires; l'un d'eux, nanti d'une action en nullité ou en rescision, l'intente et triomphe; son co-débiteur en va-t-il profiter ? Distinguons : de deux choses l'une ; ou ce co-débiteur est directement intéressé à la dette, en ce sens qu'il s'est engagé

au même titre que l'autre partie restituée ; la rescision ne lui profitera pas, il sera tenu vis-à-vis du créancier, puisqu'il ne fera que payer ce qu'il a reçu ; il subit, il est vrai, un préjudice, car l'obligation à exécuter aurait dû l'être avec le concours de celui qui est aujourd'hui restitué ; mais cette perte est la conséquence même de la solidarité ; le créancier avait deux débiteurs : l'un disparaît ; à cause de la solidarité, l'autre doit supporter toute la poursuite et acquitter par suite toute la dette.

Ou bien ce co-débiteur n'a figuré au contrat que comme caution ; il est intervenu pour assurer l'exécution de l'obligation, la solution est la même si la nullité ou la rescision est prononcée pour cause d'incapacité, puisqu'il subsiste une dette naturelle, et qu'une dette naturelle peut faire l'objet d'un cautionnement ; mais tout autre motif de nullité, entraînant l'extinction de la dette principale, entraîne par là même la décharge de la caution, puisqu'elle n'est intervenue qu'accessoirement. Il en serait autrement, si la caution s'était engagée pour garantir le créancier contre les risques de l'annulation de l'obligation principale.

APPENDICE

DES FINS DE NON-RECEVOIR OU EXCEPTIONS QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES A L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

Pour compléter cette étude que nous venons de faire de l'action en nullité ou en rescision, nous allons, très brièvement, d'ailleurs, rechercher dans quels cas le défendeur pourra repousser la demande dirigée contre lui. Ces cas peuvent être ramenés, à deux:

1° Celui à qui compète cette action a laissé s'écouler plus de dix ans, alors qu'il était capable d'agir, depuis le jour où l'action en nullité commençait à courir, sans former sa demande en justice. Nous savons déjà que cette prescription de dix ans repose sur une présomption de ratification tacite; nous n'y reviendrons pas.

2° Lorsqu'un contrat est entaché d'un vice qui permet d'en demander l'annulation, si celui au profit duquel milite l'action en nullité ou en rescision consent à purger l'engagement, à purger cette convention du vice dont elle est infectée, on dit qu'il ratifie le contrat. La ratification ou confirmation est donc l'acte juridique par lequel une

personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision. En recherchant les cas dans lesquels il y a motifs de nullité ou de rescision, nous avons vu quelles obligations, au point de vue de la matière qui nous occupe, peuvent faire l'objet d'une confirmation, quelles, au contraire, en étaient insusceptibles ; c'est qu'encore une fois, la prescription décennale de l'article 1304 est fondée sur une confirmation tacite, et de là nous avons déduit la règle que notre article ne s'appliquait qu'aux obligations qui peuvent être ratifiées.

La ratification sera expresse ou tacite : expresse, quand elle sera consignée dans un acte authentique ou sous seing privé; mais si la nullité résultait de l'inobservation de formes prescrites dans l'intérêt des parties, l'acte confirmatif devrait lui, pour être valable, réaliser toutes les conditions de formes prescrites; tacite, quand elle résulte de l'exécution volontaire de l'obligation annulable et rescindable de la part de celui au profit duquel l'action milite.

Le législateur a cru devoir, en ce qui concerne les formes de la ratification expresse, exiger certaines précautions; car la ratification est une véritable aliénation; en abandonnant le droit qu'il puisait dans la loi, droit en vertu duquel il pouvait se faire relever de ses engagements, le traitant diminue d'autant son patrimoine; aussi, sans aller jusqu'à imposer la rédaction d'un acte authentique, le Code déclare que l'acte confirmatif ne sera valable qu'autant qu'il relatera une double mention, indépendamment de la substance de l'obligation, à savoir: la cause pour laquelle on pouvait intenter l'action en nullité ou en rescision, et l'intention de réparer les vices sur lesquels cette action est fondée. De cette façon, l'entière liberté des parties est assurée. Cette disposition ne s'ap-

plique évidemment qu'à la confirmation expresse; car, en ce qui est de la ratification tacite, on présume que celui qui pouvait se plaindre et qui exécute son obligation, trouve son avantage dans la convention, ou que le dommage qu'il subit est peu important. Toutefois, on fait ici une exception pour le mineur, en décidant que s'il n'avait pas eu connaissance du droit qu'il avait d'attaquer l'opération, son action serait encore admissible, si les délais de la prescription n'étaient pas écoulés (1).

(1) Larombière, IV, art. 1338, n° 35; — Aubry et Rau, IV, § 337, 3° texte et note 21; — Demolombe, XXIX, n^os 770, 771 et 777; — Cassation, 5 décembre 1826. S. V; 1827, 1, 70; — 24 janvier 1833, S.V. 1833, 1, 209; — idem, 10 décembre 1853, S. V. 1854, 1, 686; — idem, 25 juillet 1856, S. V. 1857, 1, 824; — 26 novembre, 1866, S. V. 1867, 1, 18.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

Il n'était pas nécessaire que la lésion présentât une grande importance pour que l'*in integrum restitutio* pût être obtenue.

II

L'*in integrum restitutio* pouvait être demandée par le mineur, alors même qu'il pouvait agir contre son tuteur.

III

Le bénéfice de l'*in integrum restitutio* ne peut être invoquée par la caution, du moins en règle générale.

IV

L'*actio de dolo et l'in integrum restitutio propter calliditatem* ont chacune leur sphère d'application, et la seconde peut être accordée, lorsque la première ne fait pas disparaître le préjudice souffert par la victime du dol.

DROIT CIVIL

I

L'engagement souscrit par un mineur n'est pas nul pour fait seul de minorité.

II

Il s'agit dans l'article 1304 d'une véritable prescription.

III

On doit admettre la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*

IV

Le Code a supprimé toute distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision.

V

Le délai de l'action en nullité, qui appartient au mari contre les actes passés par sa femme non autorisée, ne commence à courir que du jour de la dissolution du mariage.

VI

La prescription décennale de l'article 1304 ne se confond pas dans la prescription trentenaire.

VII

C'est au mineur à prouver la lésion sur laquelle il se fonde pour attaquer son contrat.

VIII

La prescription de l'article 1304 s'applique à l'action en nullité ou en rescision qui milite au profit du mineur contre les actes faits par son tuteur, sans l'accomplissement des formalités exigées par la loi.

IX

L'action en nullité d'un traité sur succession future se prescrit par trente ans.

DROIT COMMERCIAL

I

Les actes faits par un mineur commerçant sont présumés faits pour son commerce.

II

L'adjudication des immeubles d'un failli sur la poursuite du syndic, et non suivie de surenchère, ne dispense pas l'acquéreur de la purge des hypothèques.

III

La clause de ducroire ne change pas la nature de la commission.

PROCÉDURE CIVILE

I

Les tribunaux peuvent accorder un délai de grâce, alors même que le créancier est nanti d'un titre exécutoire.

II

La déclaration de surenchère du sixième ne peut être faite qu'au greffe.

DROIT ADMINISTRATIF

Le préfet ne peut pas prendre un arrêté de police au refus du maire.

DROIT PÉNAL ET CRIMINEL.

I

La tentative d'avortement n'est jamais punissable, alors même qu'elle émane d'un médecin.

II

En matière correctionnelle, le prévenu qui veut se faire représenter dans le cas où l'article 185 du Code d'instruction criminelle le permet, n'est pas obligé de choisir un avoué comme mandataire.

DROIT INTERNATIONAL.

I

La succession d'un étranger décédé en France est régie quant à sa dévolution, par la loi étrangère, alors même que cette succession comprendrait des immeubles.

II

La donation faite par acte sous-seing privé dans un pays

où un pareil acte est suffisant, est valable même quant aux immeubles situés en France.

VU :
Par le Président de la Thèse,
EDMOND VILLEY.

VU :
Le Doyen de la Faculté,
C. DEMOLOMBE.

VU et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
L. LIARD.